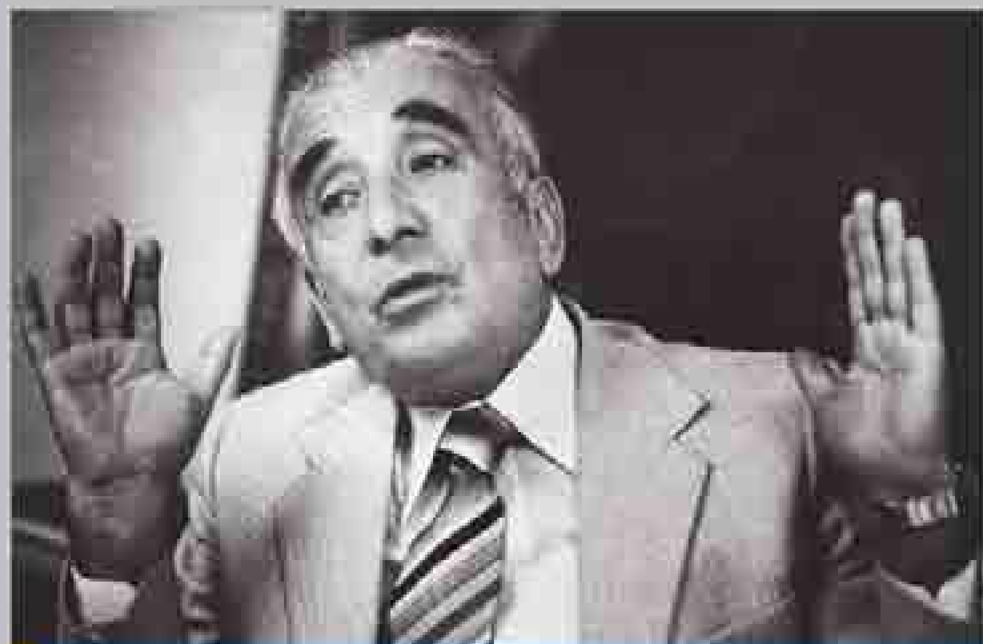
El Derecho Internacional

en tiempos de globalización

tomo II



Coordinador: Carlos Eduardo Febres Fajardo

PUBLICACIONES
VICERRECTORADO ACADÉMICO

El Derecho Internacional

en tiempos de globalización

Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda

Colección Ciencias Sociales y Humanidades



El Derecho Internacional

en tiempos de globalización



Tomo II

El Derecho Internacional Público

Carlos Eduardo Febres Fajardo (*coordinador*)

Jorge Albornoz Oliver Pedro

Apolinar Rojas Francisco

Eudes Mujica B.



PUBLICACIONES

VICERRECTORADO ACADÉMICO

COLECCIÓN
Ciencias Sociales y
Humanidades

Publicaciones
Vicerrectorado
Académico

El Derecho Internacional en tiempos de globalización Tomo II: El Derecho Internacional Público

Primera edición, 2006

• *Corrección:*
Raúl Gamarra Obando
(Vicerrectorado Académico)

• *Concepto de colección y diseño:*
Kataliñ Alava

• *Fotografía de portada:*
Archivo *El Nacional*

• *Impresión:*
Editorial Venezolana C. A.

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY
Depósito Legal: LF237200534055.B
ISBN: 980-11-0927-0 *(Obra completa)*
ISBN: 980-11-0929-7 *(Tomo 2)*

Universidad de Los Andes
Av. 3 Independencia
Edificio Central del Rectorado Mérida,
Venezuela publicacionesva@ula.ve
http://viceacademico.ula.ve/
publicacionesva

Impreso en Venezuela
Printed in Venezuela

Primera edición digital 2011

Hecho el depósito de ley

Universidad de Los Andes Av.
3 Independencia
Edificio Central del Rectorado Mérida,
Venezuela publicacionesva@ula.ve
publicacionesva@gmail.com
www2.ula.ve/publicacionesacademico

Los trabajos publicados en esta Colección han sido rigurosamente seleccionados y arbitrados por especialistas en las diferentes disciplinas

Este esfuerzo colectivo de creación intelectual sobre diversos temas de *Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en homenaje al profesor Carlos Febres Pobeda*, recoge con seguridad cúmulos de cariños, afectos, satisfacciones y agradecimientos para con quien formó generaciones de profesionales y docentes universitarios, y nos permitió creer con sus enseñanzas y testimonios en el derecho de la justicia y en los valores trascendentales del hombre, como son su libertad, honradez y lealtad.

Presentación

Este libro homenaje al Dr. Carlos Febres Pobeda es de una justicia indiscutible. Su vida se ha caracterizado por su inclinación al servicio público, en el más auténtico de los sentidos. Servidor público como político, como ambientalista, como intelectual y, desde luego, como académico y docente. Ha dejado huellas imperecederas en todos los caminos recorridos, maestro de incontables generaciones de abogados y preceptor fecundo en el campo del quehacer político y social.

En el ámbito universitario se desempeñó principalmente en las cátedras de Derecho Internacional Privado y de Medicina Legal, también de Sociología General y de Derecho Internacional Público, todas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Mérida,Venezuela). A la par, realizó cursos de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires y en la Complutense de Madrid y Medicina Legal en las Universidades de Bolonia y Roma. Todo ello lo dotó de una trayectoria densa y variada en el mundo académico.

Su labor intelectual ha sido reconocida internacionalmente. Es miembro de número de la Sociedad Bolivariana del Ecuador; profesor honorario de la Universidad de Quito; miembro honorario de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid; miembro del Pan American Institute of Comparative Law, Coral Gables, Florida, USA; miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y miembro honorario y presidente de dos congresos del Instituto Hispano- Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Es, además, miem- bro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y So-

ciales de Venezuela; individuo de número del Centro de Historia del Estado Mérida y miembro de la Academia de Mérida.

En el campo del Derecho Internacional Privado ha contribuido con un significativo número de artículos, publicados en revistas nacionales y extranjeras, de monografías, así como de varios libros, algunos de los cuales han sido objeto de varias reediciones.

El intelectual homenajeado ha sido un escritor prolijo y denso. Posee una nutrida cantidad de publicaciones de otra índole, pues sus inquietudes intelectuales abarcan variadas áreas del pensamiento, desde asuntos ambientales y políticos, hasta poesía, donde ha desarrollado una obra consistente; es, pues, en pocas palabras, un intelectual y un educador insigne.

La decidida vocación académica, docente y jurídica del maestro Carlos Febres Pobeda, su especial inclinación por el Derecho Internacional Privado, a lo largo de su carrera profesoral, inspiró el contenido de este libro homenaje escrito por docentes e investigadores de obra consagrada en el país, por sus amigos del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), y por discípulos egresados de la ilustre Universidad de Los Andes, quienes también abrevaron de su sabiduría como profesor y como ciudadano de probidad y honradez a toda prueba.

Hoy, con la generosa colaboración de la Universidad de Los Andes, a la que le sirvió por más de cincuenta años, como docente y autoridad, y en particular la del Vicerrector Académico, Dr. Humberto Ruiz, pre- sentamos este testimonio perenne de agradecimiento para contribuir que en el tiempo perdure la huella indeleble del hombre sencillo y justo que es Carlos Febres Pobeda.

El contenido temático de este libro se divide en dos grandes áreas: Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. En ambas área contamos con un conjunto de valiosos trabajos:

Derecho Internacional Privado

Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina, elaborado por el Dr. Moisés Troconis Villarreal, pro- fesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela), ex magistrado del Tribu- nal Supremo de Justicia de Venezuela y actual Magistrado-Presidente del Tri- bunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual le da una autoridad especial para hablar del tema. En esta investigación se hace un importante y didáctico recorrido en todo lo que concierne a la creación, funcionamien- to y ámbito de competencia del Tribunal Andino de Justicia.

La unificación del Derecho Comercial Internacional, del Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, profesor de la Universidad de Granada (España) y de las universidades de San Petersburgo (Rusia), de Angers (Paris II, Francia) y de La Habana, Cuba. Allí se estudia el alcance de la unificación internacional del Derecho Comercial Internacional, bajo la particular e interesante pers- pectiva del actual fenómeno de la globalización.

La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia Argentina, elaborado por la Dra. Amalia Uriondo de Martinoli, profesora de las universidades de Córdoba y Empresarial Siglo XXI (Argenti- na). Se da una mirada general sobre la cooperación entre los estados respecto a la realización y ejecución de ciertos actos procesales, los que normalmente tienden a estar investidos de una rígida naturaleza territorial, destacándose el carácter excepcional del orden público en esta materia.

En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado, redactado por el Dr. Eugenio Hernández-Breton, acucioso investigador y escritor prolijo, profesor de las universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monte Ávila (Venezuela). Se analiza el importante y difícil tema de las Calificaciones en Derecho Internacional Privado, analizando las distintas posturas doctrinales y el denso manejo normativo que existe a nivel internacional, resaltando la solución dada por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

El código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del segundo centenario, del Dr. José Carlos Fernández Rozas, ca- tedrático y Vicedecano de Relaciones Internacionales de la

Universidad

Complutense de Madrid (España) y arbitro internacional en la CCI, CIADI y Corte Española de Arbitraje. El texto expresa cómo el denominado "Movimiento codificador" va a incorporar una obsesión por la sistemática que traerá consecuencias sin precedentes. El producto más acabado de este movimiento es el Código Civil Francés de 1804, usualmente denominado Código Napoleónico. En América Latina se convirtió en el modelo más significativo para las nacientes repúblicas, ya que era percibido como el sinónimo de certeza y plenitud. Su influencia no se vio afectada por la caída del Imperio Napoleónico.

Consideraciones críticas sobre algunos temas de Derecho Internacional Privado, del Dr. José Roberto Franco Da Fonseca, catedrático de la Uni- versidad Sao Paulo (Brasil) y de la Universidad Moderna de Lisboa (Por- tugal), miembro brasileño del colegio de árbitros de MERCOSUR. Este trabajo hace un análisis general y teórico sobre algunos temas esenciales de Derecho Internacional Privado, a partir de presupuestos metodológi- cos y iusfilosóficos. Remarca las diferencias entre las tradicionales reglas o normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas que solucionan de modo directo e inmediato el problema planteado. Se hace un desarrollo bajo la luz de la dogmática jurídica, de la política jurídica y desde el ángu- lo sociológico histórico-jurídico. En particular se estudia la teoría del reen- vió, la teoría de la Cuestión Previa y los valores propios de la regla de De- recho Internacional Privado.

Aplicación Práctica de los Principios de UNIDROIT en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado, de la Dra. Tatiana B. Maekelt, profesora de la Universidad Central de Venezuela, ex Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la OEA y miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. En su contribución trabaja sobre la aplicación del *soft law* en el área de la contratación internacional, haciendo énfasis en la *Lex Mercatoria* a la luz de los principios de UNIDROIT, de- sarrolla los antecedentes históricos del UNIDROIT, y de sus principios y el ámbito de aplicación de los mismos y sus funciones, con especial referen- cia al derecho venezolano.

Derecho Internacional Público

Algunas consideraciones sobre la historia de las relaciones del Perú con la Santa Sede, del Dr. Juan José Ruda Santolaria, profesor de la Pontifi- cia Universidad Católica del Perú, nos introduce en la temática relativa a los aspectos básicos sobre la personalidad jurídica internacional de la Igle- sia Católica y la actuación de la Santa Sede a nombre de ésta, poniendo especial empeño en los inicios del siglo XIX y el reconocimiento de la in- dependencia peruana.

Hacia una nueva talasopolítica en el Atlántico Sur. El mar presencial Argentino, las islas atlánticas usurpadas por Gran Bretaña y un futuro mar presencial del MERCOSUR y de toda América, escrita por el Dr. Alfredo H. Rizzo Román, profesor de las universidades: Nacional de La Matanza (UNLM), Morón, del Salvador y de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, miembro de número de la Academia Argentina de Asuntos Internacionales y de Medicina Forense, nos ilustra con un trabajo vinculado con una clara y legítima aspiración y reivindicación para los países latinoamericanos referida al reconocimiento de un futuro mar presencial no sólo del MERCOSUR, sino de toda América, asumiendo como fundamento el derecho de los estados al aprovechamiento de los recursos pesqueros.

Sistema político institucional del MERCOSUR, a cargo de la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, profesora de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), dedica su colaboración a explicarnos el complejo marco jurídico político-institucional del MERCOSUR. Se hace un recuento de las negociaciones iniciales entre Argentina y Brasil y del Tratado de La Asunción. También se hace una reflexión política-institucional sobre el proceso futuro y se analizan en detalle los instrumentos jurídicos iniciales y vigentes.

El principio de distinción en el Derecho Internacional Humanitario de los combatientes y las personas civiles, de la Dra. Hortensia D. T. Gutiérrez Posse, catedrática de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), desarro- lla su aporte jurídico en un tema nunca agotado, como es el de los con- flictos armados, sus límites, el propósito fundamental del Derecho Interna- cional Humanitario, la protección de las víctimas, la razón de ser de la

vigencia de esos principios y normas, hoy más que nunca, frente a la que pareciera ser la fatalidad de los conflictos armados que han enfrentado a las naciones.

Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, elaborado por el Dr. Valentín Bou Franch, profesor de la Universidad de Valencia (España), nos plantea una serie de reflexiones y críticas al sistema de Naciones Unidas, a sus princi- pios y normas en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

La protección del medio ambiente en el MERCOSUR. Realizaciones y problemas pendientes, del Dr. Ernesto J. Rey Caro, profesor de la Univer- sidad de Córdoba (Argentina), nos introduce en la normativa que en ma- teria de protección de medio ambiente han adoptado los Estados partes del MERCOSUR. El trabajo contiene comentarios en relación con las pre- visiones en materia de emergencias ambientales y se reflexiona acerca de la lentitud con la que los órganos legislativos ponen en vigor los instru- mentos adoptados.

Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución, de la Dra Zlata Drnas de Clement, catedrática de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), desarrolla los principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa, haciendo particular énfasis en el principio de la Precaución, el que según su afirmación se torna cada vez más necesario frente a la vulnerabilidad del ambiente.

A doctrina Bush das guerras preventivas e o sistema das Naçôes Unidas, del Dr. Fredys Orlando Sorto, profesor de la Universidad Federal de Paraíba (Brasil), reflexiona y plantea críticas a la denominada Doctrina Bush sobre la guerra preventiva y contrasta cómo se vulneran los princi- pios y normas de la Carta de las Naciones Unidas cuando unilateralmen- te se emplea la fuerza bélica en las relaciones internacionales.

La protección del medio ambiente en el ámbito internacional, del Dr. José Juste Ruiz, catedrático de la Universidad de Valencia (España), nos aporta sus valiosos conocimientos sobre la temática ambiental y la

pro-

tección del ambiente en el ámbito internacional; temas por demás de palpitante actualidad, dados los desequilibrios que sufre el planeta. También, se desarrolla la evolución histórica de ese largo proceso dirigido a normar jurídicamente la protección del medio ambiente.

La doctrina del Derecho Internacional en América Latina antes de la primera conferencia Panamericana (Washington, 1889), del Dr. Héctor Gros Espiell, profesor de la Universidad de Montevideo (Uruguay) y Ex Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un te- ma que nunca dejará de tener actualidad como es el proceso de cons- trucción doctrinaria del Derecho Internacional en América Latina, con su significativo legado al Derecho Internacional Universal. Se analizan los aportes de los internacionalistas latinoamericanos en esta construcción y su singularidad.

Nuevo enfoque de las relaciones colombo-venezolanas. Perspectivas a la solución del diferendo marítimo en el marco del Derecho Internacional y el contexto global de negociación, de los profesores Francisco Eudes Mujica B. y Pedro O. Apolinar Rojas, de la Universidad de Los Andes (Venezue- la), es un tema vinculado con el nuevo enfoque en la relaciones colombo- venezolanas en el marco del Derecho Internacional y el llamado contexto global de negociación, temática ésta que enfocan a lo largo de los últimos cuarenta años, desde finales de la década de los 60 del pasado siglo hasta los primeros cinco años del presente, haciendo especial mención a la am- plia y compleja agenda bilateral entre ambos países.

Reflexiones en torno a los "espacios geográficos" consagrados en la Constitución venezolana de 1999, del Dr. Adolfo P. Salgueiro, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), nos ofrece sus reflexiones en torno a los espacios geográficos consagrados en la nueva Constitución venezolana de 1999; el contenido de su aporte se concreta a hacer un exhaustivo análisis de las disposiciones constitucionales de los artículos 10 y 11, los cuales incluyeron algunas modificaciones con respecto a la constitución de 1961. Estas modificaciones tienen como propósito ampliar los espacios soberanos de la Republica, pero no se debe olvidar la colaboración de todos los países para preservar la paz.

¿Pueden Las Cortes Internacionales "Crear" Derecho? Dos Casos Puntuales, del Dr. Rafael Nieto Navia, Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos presenta con el examen de dos casos puntuales cómo dos tribunales internacionales han excedido las atribuciones que los estados directa o indirectamente les confirieron; no siendo casos excepcionales, ya que se pueden hallar otros ejemplos similares. Cuestiona el autor la tendencia y el riesgo que se corre si decisiones no vinculantes de naturaleza política pretenden convertirse en derecho, sin razón o fundamento alguno.

La reclamación sobre el territorio Esequibo y la Plataforma Deltana, de la Dra. Isabel Bacalao Römer, ex-profesora de la Universidad Central de Venezuela y ex-asesora de los Ministerios del Ambiente y Relaciones Exteriores de Venezuela, plantea las implicaciones geopolíticas de la presencia de enormes cantidades de recursos de hidrocarburos y gasíferos existentes en el área de estudio, que al ser otorgadas concesiones por Venezuela en el sector deltano y por Guyana en el territorio Esequibo, ha vuelto a poner en la actualidad y vigencia la reclamación Venezolana sobre dicho territorio y lo que eventualmente pudiese ser una solución práctica a la controversia.

Derecho y ética ambiental y laboral en la era de la mundialización, del Dr. Francisco Iturraspe, profesor de la Universidad Central de Vene- zuela. Los derechos de tercera generación exigen una acción de la comu- nidad internacional, tanto en el plano de la normativa como de la militan- cia de los movimientos sociales. La base de una política nacional coherente en materia ambiental y laboral exige asignarles a los actores colectivos, en especial a las organizaciones de los empleadores y trabaja- dores y a los nuevos movimientos sociales, un papel primordial en el dise- ño, en la elección de las prioridades, en la ejecución y evaluación de esa política. Esta es la base del desarrollo de un Derecho Ambiental Laboral capaz de contribuir al respeto por el equilibrio ecológico y humano, a la reconciliación entre naturaleza y desarrollo, al mejoramiento de las condi- ciones de vida y de trabajo y a la conformación de un modelo democrá- tico de relaciones de trabajo y de gestión.

El concepto de "minoría religiosa" en el ordenamiento jurídico español, del Dr. Carlos Jiménez Piernas, catedrático y Director del Máster so-

bre Protección de los Derechos Humanos, y del profesor Björn Arp, ambos de la Universidad de Alcalá (Madrid-España), desarrollan un tema siempre controversial en cualquier sociedad moderna, el referido al tratamiento de las minorías religiosas, específicamente en el ordenamiento jurídico español. Antes de introducirse en lo sustantivo del tema, hacen una relación de las fases por las que el principio de libertad religiosa ha pasado en el ordenamiento jurídico español, hasta su definitiva y más am- plia consagración en la Constitución de 1978. Por último, proponen de *le- ge ferenda* una definición de "minoría religiosa", la cual es válida para el ordenamiento jurídico español, pero inspirada en los principios del Derecho Internacional, los cuales, se deja bien claro, son respetados por el derecho español.

La variedad de los temas tratados reitera la actualidad del Derecho Internacional. En esta época de globalización la exigencia de una formalización de las reglas y acuerdos es imprescindible para el ejercicio público y privado de los derechos. Todos los trabajos que conforman este libro homenaje fueron colaboraciones expresamente entregadas por sus autores como contribución al homenaje que internacionalistas de diver- sos países conjugaron su actividad intelectual para brindar un homenaje al maestro Carlos Febres Pobeda.

En manos de los profesores de Derecho Internacional Público y Privado, de los estudiantes de estas asignaturas, de las diversas universidades donde dictan cátedra los autores de este libro y de los profesionales del de- recho, de las relaciones internacionales y de la economía internacional, de- jamos la evaluación de los aportes y significado de esta obra colectiva.

Mérida, mayo de 2005



Derecho Internacional

Juan José Ruda Santolaria Alfredo
H. Rizzo Romano Adriana Dreyzin
de Klor Hortensia D. T. Gutiérrez
Posse Valentín Bou Franch
Ernesto J. Rey Caro Zlata
Drnas de Clément Fredys
Orlando Sorto José Juste
Ruiz
Héctor Gros Espiell
Francisco Eudes Mujica B/ Pedro O. Apolinar Rojas Adolfo P.
Salgueiro
Rafael Nieto Navia
Isabel Bacalao Römer
Francisco Iturraspe
Carlos Jiménez Piernas/ Björn Arp



Algunas consideraciones sobre la historia de las relaciones del Perú con la Santa Sede*

Juan José Ruda Santolaria

I | Aspectos generales

Conviene recordar que la Iglesia Católica Romana constituye una comunidad de creyentes unidos, a partir del bautismo, por la fe común en Jesucristo y el reconocimiento de la autoridad del Papa. Tal noción da cuenta del carácter universal de la Iglesia, pues en ella no se hace referencia a limitaciones culturales o geográficas ni se circunscribe el ámbito de actuación del Romano Pontífice a los católicos existentes en un lugar concreto del orbe.

* Esta colaboración, a su vez, es parte de una investigación mayor en torno a "Las Relaciones del Perú con la Santa Sede" que viene realizándose para el Instituto Riva-Agüero, Escuela de Altos Estudios de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima. Se ha publicado previamente en la *RuaenviastadePeDrerecho Internacional* , órgano de difusión de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, Lima, tomo LIII, enero–abril de 2003, Nº 121, dedicado a conmemorar el 150º aniversario de las relaciones entre el Perú y la Santa Sede, pp. 83-118. A efectos de una mayor concisión en las referencias archivísticas, se empleará en las notas sucesivas la siguiente clasificación:
ASV: Archivio Segreto Vaticano, Ciudad del Vaticano.
Archivio Storico: Santa Sede-Segreteria di Stato, Sezione per i Rapporti con gli Stati, Archivio Storico, Ciudad del Vaticano. Todos los fascículos que se citan corresponden al Perú.
AEER: Archivo de la Embajada de España ante la Santa Sede, en Roma (microfilmes).
AMRE: Archivo Central del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, Lima.
r: recto (anverso de una página); v: vuelta (reverso, dorso de la página).

No obstante, junto a la naturaleza universal apuntada, la Iglesia Católica asume una dimensión local, expresada en la presencia de Iglesias particulares (diócesis o figuras equivalentes); éstas se hallan a cargo de obispos y las conforman personas que, al mismo tiempo, profesan la fe católica en el ámbito espiritual, y, en el plano temporal, forman parte de la población de un Estado determinado. Lo fundamental radica en que dichas Iglesias locales o particulares no son independientes entre sí ni están ligadas únicamente por la común pertenencia a alguna federación u órgano de índole consultiva, sino que, con respeto a la legítima jurisdicción de sus obispos y a las singularidades de cada una, integran el conjunto mayor de la Iglesia Católica universal. A consecuencia de ello, y de manera contraria a lo pretendido en el pasado y actualmente por ciertos regímenes autoritarios o totalitarios, la idea de Iglesias nacionales autocéfalas violen- ta la esencia universal propia, y a su vez distintiva respecto a otras confe- siones, del catolicismo.

Precisamente, la Iglesia Católica se diferencia de las demás confesiones religiosas en cuanto está provista de un órgano central de gobier- no, la Santa Sede o Sede Apostólica, que encarna la máxima potestad en el seno de la Iglesia universal. La Santa Sede está constituida por el Papa y la Curia Romana (serie de dicasterios y organismos que colaboran con el Pontífice en sus múltiples tareas respecto a la Iglesia universal) y actúa con independencia frente a poderes terrenales de cualquier naturaleza. Una prueba palpable de tal independencia de la Santa Sede se expresa en su capacidad de dictar normas con alcance universal para los católicos del mundo y en la ausencia de subordinación a poderes terrenales; la capaci- dad normativa emana de sí misma y no proviene de regulaciones ajenas a ella ni se sustenta en delegaciones o concesiones otorgadas por autorida- des distintas a las de la misma Iglesia.

La estructura de la Curia Romana incorpora dicasterios y organismos con diferentes labores. Dentro de tales dicasterios reviste especial significación la Secretaría de Estado, entre cuyas competencias está la conducción de las relaciones de la Santa Sede con los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional. Las funciones de la Secretaría de Estado abarcarían, *mutatis mutandis*, a las de la Oficina del Primer Ministro y el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Estados.

La constatación de esta doble dimensión, universal y particular, en la Iglesia Católica, explica la existencia de formas de relación orientadas a reforzar los vínculos de las Iglesias locales o particulares con la suprema

potestad de la Iglesia universal, encarnada en la Santa Sede. Tradicionalmente, un medio del que se vale esta última con tal fin consiste en la designación de enviados pontificios, a quienes se encomiendan funciones de carácter eclesial respecto de las Iglesias particulares católicas de un territorio, que suelen conjugarse, en la mayoría de los casos, con la representación diplomática de la Santa Sede ante los Estados donde se encuentran dichas Iglesias particulares. En diversos Estados, entre los cuales se cuenta el Perú, recae de "pleno derecho" en el representante de la Santa Sede -quien actúa con el título de Nuncio- el decanato de cuerpo diplomático; tal práctica es muy antigua, ha sido consagrada tanto en el Congreso de Viena de 1815 como en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, y constituye una excepción al criterio de antigüedad en materia de precedencia de agentes diplomáticos con sustento en el especial reconocimiento que inspira el Papa. La contraparte del nombramiento de enviados diplomáticos por la Santa Sede está en la existencia de representantes acreditados por los Estados y otros sujetos de Dere- cho Internacional ante aquella; de tal manera, se verifica el ejercicio por la Sede Apostólica del derecho de legación activo y pasivo.

Además, la Santa Sede interviene en conferencias, organizaciones y organismos internacionales, a través de delegados u observadores.También, suscribe con los Estados acuerdos, generalmente conocidos como "concordatos", por medio de los cuales se regulan cuestiones relativas al estatuto de la Iglesia en el Estado respectivo y temas de interés común para éste y la Iglesia. Su concertación y entrada en vigor se realiza siguien- do las reglas del Derecho Internacional en materia de tratados, asimilán- dose también a ellos en su ejecución, interpretación, efectos y eventual modificación; ejemplo de ello lo ofrece el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, suscrito en Lima, el 19 de julio de 1980, y vigente desde que se produjo el intercambio de los instrumentos de ratificación. Otra muestra clara de la presencia internacional de la Santa Sede, en su condición de órgano supremo de gobierno de la Iglesia Católica Romana, está constituida por su desempeño en materia de solución pacífica de controversias. Merece recordarse, amén del papel como árbitro por excelencia en la Europa cristiana medieval que recae en el Pontífice, la actuación del Papa Alejandro VI tras el descubrimiento de América; éste otorga, en 1493, unas bulas que sirvieron de base para el tratado de Tordesillas del año siguiente y a las cuales España consideró como los títulos jurídicos fundamentales al encarar su tarea colonizadora americana.

De manera más cercana en el tiempo, cabe destacar la mediación del Papa León XIII en la disputa entre España y Alemania por las islas Carolinas, en 1885, y, particularmente, la mediación de la Santa Sede en el diferendo austral entre Argentina y Chile. Esta última constituye uno de los más grandes logros del pontificado de Juan Pablo II, cuya intervención fue determinante para preservar la paz en la región; gracias a ella, se pone fin a la controversia con el tratado argentino-chileno de 1984, producto de una transacción en las pretensiones de las partes y colocado por voluntad de las mismas bajo el "amparo moral" de la Santa Sede.

Adicionalmente, conforme a lo previsto en el tratado de Letrán de 1929 entre la Santa Sede e Italia, recae en el Pontífice la Jefatura del Estado de la Ciudad del Vaticano. Concurren, entonces, en el Papa, la con- dición de cabeza de la Iglesia Católica Romana y la de Jefe de un Estado; tal situación equivale, *mutatis mutandis*, a la existente entre la propia Igle- sia Católica y los desaparecidos Estados Pontificios hasta 1870, cuando, a consecuencia de la toma de Roma por las fuerzas de Víctor Manuel II, los papas se vieron privados del "poder temporal" que habían ejercido hasta entonces. Sin embargo, debe aclararse que, si bien el Estado Vaticano es un sujeto de Derecho Internacional y algunas actuaciones de naturaleza internacional de la Santa Sede se realizan a nombre de éste, el desempe- ño de la Sede Apostólica atañe en la mayoría de los casos a su calidad de máxima potestad de la Iglesia universal; esta comprobación se refuerza al examinar lo sucedido entre 1870 y 1929, período en el que, a pesar de verse desprovista de su soberanía temporal, la Santa Sede mantuvo su presencia en el campo internacional a través de los canales que usual- mente había empleado y a los cuales se ha hecho referencia líneas atrás. Recapitulando, la Iglesia Católica Romana es un sujeto de Derecho Internacional, al ser destinataria directa de derechos de carácter internacional. Sin embargo, actúa a través de su órgano central de gobierno, la Santa Sede o Sede Apostólica, que no constituye sujeto diferente; la titularidad de los derechos recae en la Iglesia, comunidad universal de creyentes que tiene en el Papa a su cabeza, pero tales derechos se ejercen por medio de la Santa Sede.

A la par, y como consecuencia de lo anterior, el Papa es Jefe del Estado de la Ciudad del Vaticano; éste es otro sujeto de Derecho Internacional, distinto a la Iglesia Católica, cuya representación internacional recae también en la Santa Sede. Empero, la mayoría de las actuaciones de la Santa Sede se efectúan atendiendo a su condición de órgano central

de

gobierno de la Iglesia Católica universal y no a nombre del Estado de la Ciudad del Vaticano. Dag Hammarskjold, ex Secretario General de las Na- ciones Unidas, resumía esta situación señalando que:

"Cuando yo solicito una audiencia en el Vaticano, no voy a visitar al rey de la Ciudad del Vaticano, sino al Jefe de la Iglesia Católica".

II | Consideraciones sobre la materia tras la independencia del Perú

Al proclamarse la independencia, era Arzobispo de Lima Don Bartolomé María de las Heras, quien, pese a haber sido requerido por el Virrey La Serna para acompañarlo en su retirada a la sierra, decide permanecer en la capital. El prelado asignaba máxima prioridad a la atención de los fieles confiados a su cuidado espiritual, pese a que, previamente, "…había mostrado fehacientemente su adhesión al Rey cuando el 15 de febrero de 1821, como respuesta a una nota del Virrey La Serna, en la que pedía una contribución de las joyas de la Iglesia para sostener la causa realista, entrega de su propio peculio la contribución pedida por el Virrey, pero como Pastor se niega a tocar el tesoro de la Iglesia".[1]

El Arzobispo de Lima, inclusive, firma la Declaración en la que se consagra solemnemente el fin del dominio español en el Perú. A su juicio, una de las razones de adhesión a la causa independentista está en el re- chazo que despierta en muchos la actitud hostil hacia la religión, a la sa- zón muy extendida en España (recuérdese que la época corresponde al trienio liberal 1820-1823, posterior a la rebelión de Riego) y base para la adopción de ciertas medidas, como la supresión de la mayoría de conven- tos de religiosos, por el gobierno de Madrid.[2]

No obstante, la situación se complica por algunas decisiones del régimen de San Martín en materia religiosa que comprenden la asunción

[1] Garaycoa Hawkins, Hugo: *Primeras Relaciones entre la Santa Sede y el Perú,* Tesis doctoral en Derecho Canónico, Roma, Pontificia Universidad Lateranense, 1964, publicada en Lima,Tipografía Sesator, 1971, p. 35.

[2] Informe del Arzobispo de Lima Heras, Bartolomé María a la Santa Sede, fechado en Madrid

unilateral del patronato por los nuevos gobernantes y el cierre de las casas de ejercicios, además de la virulenta postura antiespañola del ministro Bernardo Monteagudo. En palabras del Arzobispo de las Heras:

> Entró finalmente S. Martino nella Città; e tosto che vi stabili il suo dominio, si dichiaró Protettore Universale del Perù, arrogandosi un governo sovrano, ed assoluto con tutti gli attributi d'un Monarca. Decretò, che era ricaduto nella sua persona il Patronato Ecclesiastico, e come tale poteva disporre delle rendite della Chiesa, conferire tutti gl'impiegli, ed alterare, e variare la sua disciplina: pose sotto ammini strazione, le decime, approfitandosi dè suoi prodotti; conferiva i Canonicati, e toglieva, e poneva Curati a suo arbitrio, senza communicar loro altra giurisdizione spirituale, (…) variò parte della Liturgia della messa: sospendeva, o abilitava le licenze dè Sacerdoti secolari, e regolari a suo piacere: disederava di stabilire la tolleranza dè culti… (sic).[3]

El Arzobispo llegó a sostener una entrevista secreta con San Martín, donde el primero planteó al segundo su disposición para acatar la autoridad política de éste, sin entrar a considerar la legitimidad del gobierno, siempre que la actuación del mismo se circunscribiera al plano temporal y la religión católica, apostólica y romana no sufriera menoscabo. Las Heras expresa tal voluntad de la siguiente manera:

> …in un colloquio secreto gli disse: che la sua persona, il suo Capitulo, i suoi Curati, e tutto il suo Clero eran pronti ad obbedirlo in quanto commandasse in ordine agli assunti politici, civili, e temporali, senza che manifestassero repugnanza, nè la minor contradizione sopra la legittimatà del suo Governo, con questo che si mantenga e resti illesa la Religion Cattolica Apostolica Romana, i di lei dogmi, la morale del di lei Evangelio, l'unità nella Cattedra di S. Pietro, e suoi Successori e l'osservanza di ciò che infallibilmente è prescritto dalla Chiesa: abbracciò volentieri questa proposita…(sic).[4]

---

el 3 de diciembre de 1822, en *Archivio Storico*, fascículo 230, p. 11v. *Cfr.* también Nieto Vélez, Armando S. J.: "La Iglesia Católica en el Perú", en *Historia del Perú*, Lima, Editorial Juan Mejía Baca, 1980, t. XI, pp. 561-562.

[3] Heras: *Op. cit.* p. 13v. *Confr.* artículo 15 del Reglamento Provisional expedido por el General D. José de San Martín, en Huaura, el 12 de febrero de 1821.

[4] Heras: *Op. cit.* p. 14r.

Don Francisco Javier de Luna Pizarro, sucesor años después de Don Bartolomé María de las Heras como Arzobispo de Lima, describía lo ocurrido durante el tiempo de este último –en comunicación reservada al Papa Pío IX, de 9 de septiembre de 1852– y reseñaba cómo:

> Desde que el año de 1821 se proclamó nuestra independencia política, una de la primeras providencias del Gobierno de esa época fué la de suprimir los cuatro Colegios de estudios que en local separado y bien dotados mantení- an las religiones de Santo Domingo, San Francisco, San Agustín y la Merced para la instrucción literaria de sus religiosos, y de muchos seglares que en ellos se preparaban para el sacerdocio. En seguida se dió un decreto para que nin- gún regular pudiese profesar antes de los treinta años de edad, el que se mo- dificó rebajando la edad de treinta á la de veinte y cinco años… (sic).[5]

La influyente posición de Monteagudo resultó crucial para el curso ulterior de los acontecimientos y la partida de territorio peruano del Arzobispo Las Heras; éste cedió sus facultades –incluyendo la de Metropolitano– al Deán Francisco Javier Echagüe, elegido como Vicario por el Cabildo eclesiástico, y, ya en España, preparó un Informe a la Santa Sede –remitido a través de la Nunciatura de Madrid– que constituye pieza fun- damental al intentar analizar la situación de la Iglesia en el Perú durante aquel período. Un detalle no exento de importancia es que al prelado se le facilitaron para el viaje únicamente ocho mil pesos fuertes de todo a lo que tenía derecho, suma de la que gastó cinco mil por concepto de pasa- je a Río de Janeiro y casi la totalidad de lo que restaba para llegar desde allí a Lisboa; tal desenlace se entiende más claramente si se trae a la me- moria que para el todopoderoso ministro Monteagudo:

> …l'Arcivescovo era nemico dichiarato del sistema dell' indipendenza, e libertà; (…) che la permanenza della sua persona nel Perú era un ostacolo che potrebbe ese dannoso, e pregiudiziale alle idea del nuovo sistema; e finalmente che conveniva gettarlo già dalla sua Sede, e mandarlo alla Peninsola. (sic).[6]

---

[5] Carta privada al Papa Pío IX del Arzobispo de Lima Francisco Javier de Luna Pizarro, de 9 de septiembre de 1852, en *Archivio Storico*, fascículo 248, p. 55v.

[6] Heras: *Op. cit*. p. 14r. *Confr*. también: en ese documento, pp. 14v-15r; comunicación al Roma-

Luego del arribo a Madrid del Arzobispo Las Heras, el Rey Fernando VII vuelve a presentarlo a la Sede Apostólica para la dignidad cardenalicia, en 1823; anteriormente, en noviembre de 1818, atendiendo al pedido del Cabildo de la Santa Iglesia y del Ayuntamiento de Lima, se comunica a la Embajada de España ante la Santa Sede la Real Orden del monarca para proceder a tal presentación. De haberse producido su designación y no haber fallecido en el mismo año de 1823, Las Heras habría sido el primer Cardenal de América.[7]

Otro obispo emigrado a España fue el de Maynas, Don Hipólito Sánchez Rangel, en cuyo Informe a la Santa Sede –también por vía de la Nunciatura de Madrid– se recogen diversas cuestiones de interés. Entre ellas se cuentan las sugerencias de instalar la sede de su diócesis en Chachapoyas o Moyobamba (materializada años después, a mérito de propuesta formulada por las autoridades peruanas de manera reiterada, con el traslado de la diócesis de Maynas a Chachapoyas y la agregación a és- ta de territorios antes pertenecientes al Obispado de Trujillo),[8] y de erigir una nueva diócesis en Huánuco (según explicaba, del otro lado tras cru- zar la cordillera y donde había una iglesia principal mejor que varias cate- drales; más adelante, se crea allí una sede episcopal, reduciendo la vastísi- ma extensión del Arzobispado de Lima).[9] A su vez, teniendo en cuenta la

no Pontífice del Cabildo Eclesiástico de Lima de 1º de junio de 1831 (reiterando la enviada el 30 de agosto de 1828), en *Archivio Storico*, fascículo 233, p. 42v.

7 *Confr.* comunicación fechada en Madrid el 29 de noviembre de 1818, enviada por el Marqués de Casa Yrujo a Don Antonio Vargas Laguna, en AEER, legajo 688, parte 1 (microfilme); y comunicación fechada en Madrid el 5 de enero de 1823, dirigida por Don Evaristo San Miguel a Don José Narciso de Aparici, en AEER, legajo 693/enero 1823 (microfilme).

Vid. también Egaña, Antonio: *Historia de la Iglesia en la América española desde el descubrimiento hasta comienzos del siglo XIX*, Madrid, Ed. Católica, 1966, pp. 833-834. Garaycoa: *Op. cit.*, p. 35.

8 Informe del Obispo de Maynas Hipólito Sánchez Rangel a la Santa Sede, fechado en Madrid el 17 de octubre de 1822, en *Archivio Storico*, fascículo 230, p. 32rv. *Vid.* también Nota del Ministro peruano de Relaciones Exteriores Don José Dávila al Cónsul pontificio Don Luis Barratta, fechada en Lima el 13 de marzo de 1843, en *AMRE*, Correspondencia consular con Cerdeña, Hamburgo, Bremen, Dinamarca, Bélgica, Portugal, Salida 1841-1863, sección 451, tomo 6C, p. 14 reverso.

9 Sánchez Rangel: *cOitp.*

. p34r.

adhesión del clero americano a la causa independentista y del clero europeo peninsular a la realista, recomienda a la Santa Sede "no innovar" en materia de designaciones episcopales mientras no termine la situación de incertidumbre que afecta entonces a la América española, pues en ningún caso se contentaría a ambas partes; de un lado, no se aceptaría a los obispos que fueran presentados por el Rey de España a la Sede Apostólica para su nombramiento ni, a la inversa, que la Santa Sede procediera sin proposición previa del monarca español, quien podría sostener que se violentaba su derecho de Patronato. Opinaba Sánchez Rangel que:

> Los Obispos que se han venido, y los que resten por allá, en medio de sus prisiones, y de su dolor, no habran dejado de tomar las medidas, que les haya dictado su celo, y su ministerio; porque el Espiritu Santo está con todos nosotros, para la conservacion y aumento de su obra. (sic).[10]

Paralelamente, luego de asumir la condición de Vicario de la sede primada peruana por motivo del viaje a España del Arzobispo Las Heras y aunque las comunicaciones tardan enormemente en llegar a su destino en Roma, el Deán Francisco Javier Echagüe plantea la conveniencia de enviar al Perú un "Vicario de la Sede Apostólica"; ello resulta profundamente significativo, pues la fecha del escrito al Papa con aquella inquietud es bastante anterior a la Misión Muzi, la primera que manda la Santa Sede a la América hispana independiente y en la cual toma parte el futuro Pío IX. Efectivamente, el 29 de diciembre de 1821, desde Lima, "Capitale e Corte del Perú", Echagüe apuntaba que:

> Finalmente supplico col maggior calore che se il giudica opportuno, si degni mandare, o nominare un Vicario della Sede Apostolica, che dimorando in questa Capitale del Perú, popa conoscere da vicino tutte le necessità di questa Chiesa, e delle Suffraganae, che la variazione dello Stato político de queste, e la presenza di nuove e rare circostanze popa cagionare… (sic).[11]

[10] Sánchez Rangel: *Op. cit.* p. 36r. *Confr.* también en ese documento, pp. 35v. (in fine) 36r. Garaycoa: *Ocitp.* .,2p1.

[11] Comunicación al Romano Pontífice del Deán y Gobernador de la Iglesia Metropolitana de

La grave situación originada por la ausencia de obispos o la vacancia de sedes episcopales afecta de manera considerable al Perú y a otros Estados de Hispanoamérica. Por ejemplo, a 1º de enero de 1826, el Deán de la Iglesia Metropolitana de Charcas destacaba en carta enviada al Papa que:

> En toda la República Boliviana, que tiene mas de seiscientas leguas de extension, no hay un solo Obispo. (...) De manera que en el dia por este defecto, séa para que se ordéne algun individuo que aspíra al Orden Sacerdotal, ó séa para la Consagración de los Oleos destinados para la administracion de Sa- cramentos tenemos que ocurrir á la República del bajo Perú, dónde tambien hay dos solos Obispos el del Cuzco, y el de Arequipa, ambos distantes de aquí mas de trescientas léguas. (sic).[12]

En la práctica, y dado que Monseñor Orihuela deja la diócesis del Cuzco para instalarse en Lima por su delicado estado de salud, el único Obispo que ejerce como tal en el Perú durante varios años es Monseñor José Sebastián de Goyeneche y Barreda. El distinguido Obispo de Arequi- pa pudo trasladarse a España y disfrutar allí de una espléndida posición y del favor de la Corona (su hermano, el Conde de Guaqui, había prestado importantes servicios a la causa realista en América), pero prefirió que- darse al cuidado de su grey en momentos difíciles; contó con el aprecio y la confianza de varios papas, al punto que Gregorio XVI lo nombró, en 1832, "Delegado Apostólico y Visitador de los Regulares de ambos sexos en toda la República").[13] Desde 1860, y hasta su fallecimiento en 1872, es- tuvo a cargo del Arzobispado de Lima; distintos Presidentes peruanos in- tentaron obtener el capelo cardenalicio para él, e, inclusive, un sobrino su- yo, Conde Guaqui, Grande de España y Senador del Reino por derecho propio, realizó gestiones en marzo de 1866 cerca de la Curia Romana con

Lima, de 29 de diciembre de 1821, en *Archivio Storico*, fascículo 230, p. 5r. *Confr.*,, igualmente en dicho Archivo, fascículo 233, pp. 41r-42r (*vid.* supra nota 6).

[12] Comunicación al Romano Pontífice del Deán de la Iglesia Metropolitana de Charcas o La Plata Matías Terrazas, de 1º de enero de 1826, en *Archivio Storico*, fascículo 230, pp. 42v-43r.

[13] García Jordán, Pilar: "Estado moderno, Iglesia y secularización en el Perú contemporáneo (1821-1919), en *Revista Andina – Los Andes, siglo XIX (I),* Cuzco, Centro Bartolomé de las Casas, año 6, 2º semestre 1988, Nº 2, p. 355. Garaycoa: *Op. cit.*5, 2p-p5.84.0N-4ie1t,o: *Op. cit.*,

tal propósito.[14] Este hecho, pese a que no llegó a prosperar la designación solicitada, merece resaltarse, pues, en la línea de los valiosos trabajos de Paul Rizo-Patrón en la materia, evidencia una estrecha ligazón parental entre miembros de las élites del Perú y España y el que, según ocurrió también en otros casos, dichos lazos sirvieran para reforzar posturas o pretensiones peruanas de diversa naturaleza.

Por otro lado, la promulgación del Decreto de 28 de septiembre de 1826 plantea una delicada situación al incorporarse a la legislación normas que afectan seriamente a los conventos de religiosos y religiosas existentes en el Perú. Hasta entonces, a mérito de concesiones y dispensas otorgadas por la Santa Sede en atención a las singulares circunstancias de las Iglesias de América, bastaba que una comunidad religiosa tuviera dos o tres miembros para ser considerada como tal. En virtud de los cambios normativos dictados unilateralmente por la autoridad civil, es decir, sin contar para ello con el consentimiento de la Sede Apostólica, se establece que en cada comunidad deberá haber al menos ocho miembros, y, consiguientemente, se dispone la supresión de los conventos que no alcanzaran tal número mínimo de integrantes; una consecuencia jurídica importantísima derivada de esta medida es que se atribuye a los bienes de los conventos supresos la condición de "nacionales" y se les dedica a la amortización de la deuda pública.[15] Diversos conventos son suprimidos, y,

---

XI, pp. 567-568. Ruda: *Op. cit.*, 1995, p. 300. Vargas Ugarte, Rubén s. j.: *Historia de la Iglesia en el Perú,* Burgos, Imprenta de Aldecoa, 1962, t.V, pp. 114, 116. Ver *Archivio Storico*, fascículo 233 (*vid*. supra notas 6 y 11), p. 51v.

[14] Escritos del Conde de Guaqui, fechados en Roma el 21 de marzo de 1866; el segundo de ellos tiene como encabezado "Apuntes sobre los servicios del Ilmo. Sr. Arzobispo de Lima, Dr. Dn. José Sebastián de Goyeneche y Barreda", en *Archivio Storico,* fascículo 272, pp. 95r-99v. Ver también Garaycoa: *Op. cit.*, p. 54.

[15] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 248, pp. 55v-56r, 67r-68r (vid supra nota 5); fascículo 252, p. 21v; fascículo 279, pp. 82r, 88rv, 98v. En el fascículo 233, pp. 45v-50v, constan los textos del Decreto de 28 de septiembre de 1826 y las principales actuaciones del gobierno peruano y del Cabildo Eclesiástico de Lima a propósito de la aplicación de aquél, como parte de la comunicación remitida por dicho Cabildo al Romano Pontífice el 1° de junio de 1831 (reiterando los términos de la enviada el 30 de agosto de 1828). Del Decreto de 1826, resulta especialmente importante el artículo 7 que fija el número mínimo de ocho religiosos por cada convento.

además, se declara a los religiosos: "…sugetos en todo, á la jurisdiccion de los Señores obispos, con notable olvido de los Cánones de la materia, y de las constituciones especiales que con aprobacion Apostolica, regian, y rigen aun las Ordenes Monasticas". (sic).[16]

Las normas referidas inspiran otras posteriormente, y, al mantener vigencia en el ordenamiento legal peruano, constituyen una amenaza permanente para los pocos conventos subsistentes. Una muestra al respecto la ofrece muchos años después, en 1872, la postura adoptada por el Fiscal de la Corte Suprema de Justicia José Gregorio Paz-Soldán, quien plantea objeciones a la "reforma de regulares" emprendida por el Delegado Apostólico Monseñor Serafin Vannutelli, y, amparándose en la citada legislación, sostiene que debería procederse a la supresión de los conventos limeños de Santo Domingo, La Merced y San Agustín por carecer –a su entender– del número mínimo de ocho religiosos, para, luego, dedicar sus bienes y derechos a la amortización de la deuda pública.[17] Monseñor Francisco Orueta Castrillón, Arzobispo de Lima, precisaba en abril de 1873 cómo:

> …cuando en 1826 este Gobº del Peru, suprimió los Provincialatos y solo de- jó Prelados locales, suprimio igualmente todos los conventos de la Republica q formaban la provincia de cada orden religiosa y en esta ciudad suprimio tambien los colegios regulares y las recolecciones y solo dejo la recolección de los de S. Francisco de Asis q hoy es colegio de Misioneros. Supresos pues todos los conventos desde aquella fecha y ocupadas por el Gobº sus tempo- ralidades, solo existen los conventos grandes de S. Francisco, Sto. Domingo, La Merced y S. Agustin, si estos se suprimen nada queda (sic).[18]

Un asunto clave desde que se produce la Independencia, y al que aluden los sucesivos textos constitucionales peruanos hasta el de 1933, inclusive, es el del patronato. Éste, en sentido estricto, proviene de una concesión pontificia, otorgada a mérito de circunstancias especiales y

[16] *Confr.* en *Archivio Storico,* fascículo 279, p. 86v; artículo 1º del Decreto de 28 de septiembre de 1826, en fascículo 233, p. 46r.

[17] *Confr.* en ASV, Segreteria di Stato, anno 1872, rúbrica 251, fascículo 2, pp. 100r-102v, 104r, 142r. En *Archivio Storico*, fascículo 279, pp. 80r-98v.

[18] En *Archivio Storico,* fascículo 279, p. 81v; fascículo 233, pp. 46r-47r (artículos 1 al 10 del Decre-

to de 28 de septiembre de 1826; *vid.* supra notas 6, 11, 13, 15, 16).

apreciando, entre otras cuestiones, la protección y apoyo brindado por los gobernantes respectivos a la religión católica, su práctica y difusión, y la construcción de templos y demás lugares sacros. En lo que a España concierne, se confirió el patronato a los monarcas para los territorios del antiguo reino de Granada (último enclave musulmán en la península ibérica, cuya conquista por los Reyes Católicos Fernando e Isabel finalizó en 1492) y de las Indias, de descubrimiento reciente al dictarse por el Papa Julio II, en 1508, la Bula *Universalis Ecclesiae* a favor de los Reyes de Castilla y León; en América, justamente y pese a los excesos en que se incurrió, la Corona española realizó ingentes esfuerzos por arraigar la fe católica y evangelizar a los naturales. Sin embargo, recién con el concordato de 1753, se extiende el patronato a otros territorios sometidos a la Corona; a mayor abundamiento, este acuerdo de tiempos del papa Benedicto XIV y del rey Fernando VI "reservaba" unos "beneficios eclesiásticos" en España para la provisión directa, y sin necesidad de "presentación real", por parte de la Santa Sede, lo cual refuerza la idea que a ella compete designar *motu proprio* a las dignidades eclesiales y que el patronato se encuentra circunscrito a los términos en los que hubiese sido establecido por voluntad de la Sede Apostólica.[19]

Mientras dura el dominio español en América, el "regalismo" va cobrando cada vez mayor fuerza y adquiere notable impulso tras el advenimiento de la Casa de Borbón al trono de España. Esto se pone de manifiesto en la propia legislación (incluyendo, por supuesto, la de Indias, donde se consigna la fórmula de juramento –de tal inspiración– a ser prestado por los obispos cuando toman posesión de sus cargos) y en diversas prácticas; una de ellas era colocar diócesis vacantes bajo responsabilidad de los eclesiásticos "propuestos" por el Rey a la Santa Sede para ocuparlas, pero cuyas actuaciones era nulas desde la perspectiva del Derecho de la Iglesia al realizarse antes de la expedición de las bulas o bre-

[19] *Confr*. Corral Salvador, Carlos s.j.: *Acuerdos España-Santa Sede (1976-1994), Texto y Comentario*,BMiblaiodtreidc,a de Autores Cristianos, 1999, BAC 599, p. 94. González Echenique, Javier:"Esquema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado 1541-1925", en *Diplomacia*. Publicación de la Academia Diplomática de Chile, Santiago de Chile, 1987, Nº 39, pp. 33-34, 36-37. Rubio De Hernández, Rosa Luisa: "Acerca de las relaciones entre la Iglesia y el Estado Peruano", en *Revista de la Universidad Católica, Nueva Serie,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, junio de 1980, Nº 7, p. 110. Ruda: *Ocitp.* c.,a1p9ít9u5lo, s 2 y 5.

ves confiriendo los nombramientos solicitados, y provenir, por ende, de personas desprovistas de la debida "institución canónica".[20]

A raíz de la guerra de Independencia, según se ha expuesto y refiere Armando Nieto con el rigor que lo distingue, la Iglesia en el Perú sufre importantes perjuicios; entre ellos se cuentan la partida de varios obispos y parte apreciable del clero español, de un lado, y, de otro, la seria merma en su patrimonio a consecuencia de las contribuciones impuestas por los dos bandos enfrentados (patriotas y realistas).[21] Conviene recor- dar que, hasta la capitulación de Ayacucho de diciembre de 1824, las fuer- zas realistas mantuvieron el control de una amplia porción de territorio en el sur, hecho no desprovisto de significación a los efectos de esta re- flexión. Garaycoa da cuenta del decreto de 10 de julio de 1822, con el que el Virrey La Serna nombra Metropolitano a monseñor José Sebastián de Goyeneche, Obispo de Arequipa, al tomar conocimiento del viaje a la península ibérica de monseñor Bartolomé María de las Heras; dicho autor plantea que el Virrey procedió así con base en el Patronato y ante "…la dificultad de comunicarse con España",[22] pero puntualiza que:"Este nom- bramiento no lo podía hacer ciertamente el Virrey, ya que el derecho del Patronato era exclusivo y personal del Rey".[23]

El tratamiento que otorgan las Constituciones peruanas al tema del patronato está impregnado de regalismo, al punto que se incorporan normas para regular su ejercicio sin que medie "concesión papal" a favor de las autoridades de la República, y, cuando existe tal concesión con la Bula *Praeclara inter beneficia* del Papa Pío IX, se repiten simplemente las fórmulas de los antiguos textos constitucionales sin mencionar dicha cir- cunstancia fundamental.[24] Para algunos, luego de la Independencia, habría operado una "subrogación", a mérito de la cual los gobernantes del nue- vo Estado peruano se colocan en el lugar de los monarcas españoles o

[20] *Confr*. Garaycoa: *Op. cit.*, pp. 12, 13, 14-15, 16-17, 18, 83. Vid también en *Archivio Storico*, fascículo 233, p. 43r (*vid*. supra nota 6); fascículo 248, pp. 33r-34r; fascículo 252, p. 21v; fascículo 279, pp. 103r, 107r.

[21] *Confr.* Nieto: X., tl., pp. 653-565.
Ocitp.

[22] Garaycoa: *Op. cit.*, p. 53; ver también en ese texto, p. 8.

[23] *Ibídem*, p. 53, nota 136.

[24] *Confr*. Dammert Bellido, José:"Iglesia y Estado", en *Revista de la Universidad Católica, Nueva Serie,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, mayo de 1978, Nº 3, p. 64.

sustituyen a éstos en cualquier asunto referido a la Iglesia, incluyendo el disfrute del patronato y demás "regalías"; otros, en cambio, van más allá y sostienen que éste es una atribución inherente al Estado, es decir, que "per se" le corresponde". Ilustrativa de esta última postura es la opinión expre- sada por Luis Mesones, representante peruano ante la Santa Sede, en la comunicación que escribe desde Roma al Cardenal Secretario de Estado Antonelli con fecha 30 de septiembre de 1865; en virtud de aquella,"El in- frascrito juzga, pues, que Vuestra Ema. Rma. se penetrará de que el Perú goza del patronato nacional por el mero hecho de ser Estado soberano é independiente". (sic).[25]

Las autoridades peruanas se arrogan una serie de prerrogativas en materia eclesiástica, pues asumen tener el patronato; en virtud de ello, "presentan" candidatos a la Santa Sede para ocupar las sedes episcopales, así como plantean propuestas destinadas a crear nuevas diócesis o introducir cambios en los límites de las ya existentes. A su vez, supeditan la aplicación de bulas, breves, rescriptos pontificios y documentos conciliares al "pase" o "exequátur" por parte del Estado; la expedición del mismo presupone, en función al asunto de que se trate, el cumplimiento de los trámites previstos por los propios textos constitucionales.

Un ejemplo ilustrativo de la actitud descrita lo ofrece un decreto de 1826, que queda rápidamente sin efecto un año después por decisión del gobierno siguiente, conforme el cual "... el Consejo de Gobierno... ha elegido Prelados para las Diócesis vacantes" de Lima, Trujillo, Ayacucho (Huamanga) y Maynas sin someter el asunto a la Santa Sede y disponien- do que los designados se hicieran cargo de aquellas; el único que no acep- ta es el nombrado como Obispo de Maynas.[26] Otra situación anómala ocurre en el departamento de Puno, dos de cuyas provincias:

> ...estaban sujetas al Obispado de la Paz. En los dias de la revolucion de la independencia que (...) no eran lo mas á proposito para que la Yglesia recibiese muestras del respeto que se le debe, el General Bolivar, Dictador del Perú, después de su ultima victoria sobre el ejercito español, creó la Republica de

[25] En *Archivio Storico*, fascículo 272, p. 60v.

[26] *Confr.* Garaycoa: *Op. cit.*, pp. 66-67. Nieto: *Op. cit.*, t. XI, pp. 568-569. *Archivio Storico*, fascículo 230, pp. 79-80 (comunicación de Fray Giovanni Matraya, fechada en Roma el 18 de febrero de 1828); fascículo 233, especialmente, pp. 42v-43r, y, de manera ilustrativa, hasta la p. 45v.

Bolivia; redujo el Perú á la extensión que hoy tiene; y las dos Provincias de Pu- no, que habian pertenecido al Obispado de la Paz, el cual quedó dentro de los límites de Bolivia, fueron agregados por el mismo Dictador al Obispado del Cuzco.[27]

El problema de las sedes vacantes empieza a solucionarse con los nombramientos de Jorge Benavente, en calidad de Arzobispo de Lima, y Tomás Diéguez, como Obispo de Trujillo. La Santa Sede realiza tales de- signaciones episcopales, y las que ulteriormente tienen lugar, consideran- do a los candidatos propuestos por los gobiernos del Perú, pero las bulas respectivas no incorporan referencia alguna a las "presentaciones" hechas por las autoridades peruanas, y, más bien, utilizan el estilo usual de los ac- tos donde la Sede Apostólica procede *motu proprio*". Ello ocasiona que se planteen observaciones en los trámites internos para obtener el "pase" a dichas bulas; consecuentemente, se otorga el "exequátur" a las mismas con reserva explícita de los derechos y regalías de la República, de un la- do, y se incorpora esa salvedad en las fórmulas del juramento a ser pres- tado por arzobispos y obispos al tomar posesión de las dignidades para las que habían sido designados, de otro.[28]

La invocación unilateral del patronato por la República y el ejercicio "de facto" de éste por sus máximos responsables genera algunos serios desencuentros con la Santa Sede. Un momento delicado en las relaciones mutuas se suscita cuando la Sede Apostólica no accede a nombrar Obispo del Cuzco al Déan Juan Gualterio Valdivia, quien había sido "presentado" por el segundo gobierno de Ramón Castilla; el representante diplomático del Perú ante la Santa Sede entonces, Luis Mesones, insiste en tal empeño, mas no logra persuadir a las instancias competentes de la Curia Romana y obtener el resultado esperado.[29]

[27] Comunicación de Bartolomé Herrera al Cardenal Vicente Santucci, fechada en Roma el 18 de abril de 1853, en *Archivio Storico*, fascículo 251, p. 77v.

[28] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 268, p. 28r; fascículo 272, pp. 59r-65v (comunicación de Don Luis Mesones al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, fechada en Roma a 30 de septiembre de 1865); fascículo 282, pp. 12v-13r (memoria presentada a la Sede Apostólica por Don Pedro Gálvez, fechada en Roma el 19 de enero de 1875).

[29] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 268, p. 23rv. ASV, Segreteria di Stato, anno 1861, rúbrica 279,

No obstante, y pese a intentos fallidos previos, la primera misión del Perú ante la Santa Sede es la de Bartolomé Herrera; éste parte hacia Europa en 1852, como enviado cerca de la Sede Apostólica y las otras principales Cortes existentes en Italia antes de la reunificación: Cerdeña, las Dos Sicilias y Toscana.Tiene como uno de sus principales cometidos intentar conseguir que la Santa Sede reconozca el "patronato nacional", aunque no se considera oficialmente la negociación de un concordato, pues, en virtud de la Constitución de 1839, se requería para ello de instrucciones previas del Senado.[30] Empero, Herrera tenía el secreto encargo del Presidente José Rufino Echenique, del cual había sido Ministro, de tratar en Roma los términos de un eventual concordato que tomara como base el suscrito con España en 1851; la Sede Apostólica toma conocimiento de dicha intención por distintas vías, incluyendo una carta reservada del Arzobispo de Lima Francisco Javier de Luna Pizarro al Papa Pío IX –mencionada *ut supra*– donde el prelado relata la confidencia que el presidente de la República le ha hecho respecto al propósito subyacente de la misión de Bartolomé Herrera.[31]

El Arzobispo Luna Pizarro expresa sus temores en el sentido que el gobierno pudiera pretender suprimir los pocos conventos que todavía quedan, inquietud no desprovista de cierta lógica a la vista de los hechos que precedentemente se han reseñado, del influjo de los sectores libera- les en el Congreso, y de la participación en el gobierno de Echenique –en ese momento y posteriormente– de figuras con una trayectoria no exce- sivamente afecta a la Iglesia como José Gregorio Paz-Soldán;[32] sin embar-

fascículo único, pp. 166, 169, 176, 181, 182v, 186-187, 192, 194. AMRE, legajo 5.16-Servicio Diplomático del Perú/Legación en Italia/1860, números 70, 76, 78.

30 "Instrucciones fechadas en Lima a 10 de mayo de 1852, al Sr. Ministro Plenipotenciario cerca de las Cortes de Roma, Cerdeña, Nápoles y Toscana D. D. Bartolomé Herrera", en *AMRE*, legajo 5-0, Servicio Diplomático del Perú-Legación cerca de la Santa Sede, correspondiente al año 1852.

Confr. artículos 41, 55-inciso 4, 87-inciso 36, de la Constitución política de la República Peruana, dada por el Congreso General el día 10 de noviembre de 1839, en Huancayo. El texto aparece publicado en Ugarte Del Pino, Juan Vicente: *Historia de las Constituciones del Perú,* Lima, Andina, 1ª ed., 1978, pp. 346, 348, 353.

31 *Confr.* ut supra nota 5. *Archivio Storico*, fascículo 248, pp. 55r-58r.

32 *Confr. Archivio Storico*, fascículo 252, pp. 8r, 22rv, 44v; fascículo 254, pp. 7v-8r, 10v-11r. *Vid.* también nota 17.

go, no hay tal oscura intención en el Presidente, y, menos todavía, en Herrera, a quien se rinde elogios en la Curia Romana: "…per li sentimenti di attaccamento sincero che ha addimostrato per gl' interessi della Religione avendo così confermato l' opinione favorevole che era precorsa e che aveva prevenuto il di lui arrivo in Roma." (sic).[33]

En efecto, la propia actuación de Herrera ante el Papa Pío IX, el Cardenal Secretario de Estado Antonelli, y, fundamentalmente, el Cardenal Vicente Santucci (a la sazón, Secretario de la Sacra Congregación de Asuntos o Negocios Eclesiásticos Extraordinarios, precursora de la actual Sección para Relaciones con los Estados, de la Secretaría de Estado de la Santa Sede) ratifica tal impresión. El enviado peruano deja muy en claro que, por falta de las antedichas instrucciones del Senado, no cuenta con facultades para negociar un concordato; empero, somete a consideración del Cardenal Santucci un proyecto que:

> …si bien es de un caracter enteramente confidencial y privado, porque solo contiene pensamientos particulares propios del Ministro Plenipotenciario, podria con todo (supuesto el decidido empeño que ha de poner el Ministro en alcanzar instrucciones analogas á su manera de pensar en la materia) servir mucho á allanar el camino… (sic).[34]

La concertación de un concordato que no contemplara derechos equivalentes a los disfrutados por España antes de la Independencia había sido rechazada por personalidades liberales como Ramón Castilla, los eclesiásticos Francisco de Paula González Vigil y Agustín Guillermo Charún, Santiago Távara y José Gregorio Paz-Soldán, quienes se manifies- tan abiertamente en contra de lo acordado entonces por Bolivia (repre- sentada por el mariscal Andrés de Santa Cruz) y la Santa Sede.[35] Por lo tanto, y previendo la oposición que despertaría en el Congreso un texto inspirado en este último, Herrera plantea su propuesta personal; entre las

[33] En Archivo Storico, fascículo 251, p. 69r (Sacra Congregazione degli Affari Ecclesiastici Straordinarii, 1853, AMERICA – REPUBLICA DEL PERU, DOMANDA E PROGETTO DI CONCORDATO, Lett. B, nota 1). Ver también de ese Archivo, fascículo 248, p. 25rv.

[34] En *Archivio Storico*, fascículo 251, pp. 69v (traducción al italiano), 75r (texto en castellano, escrito por el propio Herrera, que es el citado).

[35] En *Archivio Storico*, fascículo 251, pp. 25r, 27r-28r, 60r-62r, 69r, 69v-70r, 75rv, 76r-77r.

varias cuestiones contenidas en ella, aceptada con escasas modificaciones por el Cardenal Santucci, se considera la concesión del patronato a los Presidentes de la República en las mismas condiciones en que ejercieron éste los Reyes de España mientras el Perú estuvo bajo su dominio. Si bien tal intento concordatario no prospera, resulta pertinente recalcar que, en la línea del razonamiento de Herrera, se opte por una fórmula similar a la del antiguo patronato indiano y se descarte reservar algunos beneficios eclesiásticos para la provisión directa de los mismos por la Santa Sede; ello evidencia la disposición de la Sede Apostólica para otorgar el patronato a los gobernante peruanos y es antecedente de lo que, con esos términos, acabará consagrándose años después al conferirse dicho privilegio a los Presidentes del Perú con Bula del propio Papa Pío IX.[36] El Arzobispo Luna Pizarro asume una actitud crítica sobre el particular, cuando, distinguiendo acertadamente entre el derecho de patronato –de alcance más amplio– y el de presentación, sostiene que:

> …si esas facultades pudieron concederse ó ejercerse por Soberanos que to- maban á su cargo la propagacion del cristianismo, la fundacion, sosten y arre- glo de las iglesias en la America recien descubierta, ellas no deben tener lugar cuando el catolicismo cuenta aqui mas de tres siglos, y se halla establecido co- mo en las naciones de Europa, en las que á ningun Soberano le ha ocurrido solicitar semejante Patronato. En orden á la presentacion para los beneficios eclesiasticos, en hora buena qe se conceda, aun desentendiendose S. Santd. de su derecho á reservarse algunas dignidades ó canongías, y dejando á los Obis- pos en el aislamiento á que se hallan reducidos, puesto que no pudiendo ellos dar prebenda alguna, los eclesiasticos tampoco tienen aliciente para ayudar- los". (sic).[37]

Entre otros varios asuntos de importancia contenidos en la pro- puesta de Herrera, deben resaltarse dos: el haber establecido claramente que, pese a cualquier costumbre en contrario, la totalidad de la jurisdic- ción sobre las sedes vacantes recae en los vicarios capitulares, y el preci- sar una fórmula para el juramento a ser prestado por obispos y arzobis-

[36] En *Archivio Storico*, fascículo 251, pp. 71r, 76v.

[37] En *Archivio Storico*, fascículo 252, p. 21r (en comunicación reservada al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, fechada en Lima el 10 de diciembre de 1853).

pos al tomar posesión de las dignidades a las que han sido designados. La primera de tales cuestiones se vincula a ciertas actuaciones contrarias a las normas canónicas que, según consta líneas atrás, se realizaban en "sede vacante" desde la época del dominio español; el propio Arzobispo Luna Pizarro, por medio de carta escrita al Papa Pío IX en abril de 1852, es decir, con anterioridad al inicio de la misión de Herrera, llama la atención sobre una práctica muy arraigada e inadmisible desde la perspectiva del Derecho de la Iglesia como era confiar las "sedes vacantes" a las personas propuestas a la Santa Sede para ocupar aquellas antes de expedirse las bulas o los breves que conferían la institución canónica.[38]

Es muy interesante poner en relieve cómo en ello se perfila lo que recogerá en 1875 la Bula Praeclara inter beneficia; ésta determina expresamente que los candidatos presentados "…no gozarán de ningún derecho, en cuanto á la administración Episcopal, antes de que hayan obtenido las Letras Apostólicas de su institución, y las hayan exhIbído al Capítulo (…)".[39]

Entretanto, la cuestión del juramento de las dignidades episcopales no es en modo alguno baladí. Conforme a lo manifestado *ut supra*a, tsr la Independencia del Perú se siguen los precedentes españoles y se impo- ne a obispos y arzobispos la realización de un juramento, cuya fórmula es- tá tomada de la antigua legislación de Indias y denota un marcado regalis- mo; los propios decretos con los que se concede el "pase" o "exequátur" a las bulas papales de institución canónica fijan los términos y condiciones en que aquél habría de prestarse. La fórmula de juramento prevista en la "propuesta personal" elevada por Herrera al Cardenal Santucci suaviza los excesos de la que estaba siendo utilizada.[40]

El asunto se torna especialmente espinoso pocos años después a raíz de la supresión del fuero eclesiástico por los textos constitucionales de 1856 y 1860; en ese contexto, los obispos se niegan a prestar el juramento de adhesión a estos últimos. Bartolomé Herrera y Francisco

---

[38] En *Archivio Storico*, fascículo 248, pp. 33r-34r; también p. 49rv. Garaycoa: *Op. cit.*, pp. 74-76, 80-81.

[39] Ver el texto castellano de las Letras Apostólicas del Papa Pío IX a favor de los Presidentes del Perú, en Ruda: *Op. cit.*, 1995, pp. 586-589.

[40] *Confr. Archivio Storico,* fascículo 251, pp. 71v, 77r; fascículo 275, pp. 135r, 137r; fascículo 279, p.

103r. Garaycoa: *Op. cit.*, pp.60, 69-70, 80.

Orueta emplean una fórmula redactada por el primero que elude "ex profeso" mencionar a la Constitución, cuando, en 1860, toman posesión de sus cargos como obispos de Arequipa y Trujillo, respectivamente; el te- nor del juramento, estimado aceptable por la Santa Sede cuando el pro- pio Herrera se lo transmitió, es el siguiente: "Juro por Dios y estos San- tos Evangelios guardar la fidelidad que un Obispo debe á la Patria, á las leyes y al Gobierno". (sic).[41]

En 1869, el nuevo Obispo de Arequipa José Benedicto Torres se niega inicialmente a prestar el juramento usual, pero cede ante la inquietud por no desatender a su diócesis y considerando una interpretación de la Constitución de 1860 que conjugaba la norma de supresión del fuero eclesiástico con la que disponía la celebración de un concordato para abordar la situación resultante de dicha supresión; ello despierta la airada reacción de otros obispos ante la Santa Sede, la cual invoca a Torres que vea de remediar lo hecho por los medios que considere más oportunos.[42]

Lamentablemente, no llega a materializarse el Concordato por el que Bartolomé Herrera trabaja arduamente. Éste retorna al Perú, y, pese a los esfuerzos que tanto él como el presidente Echenique despliegan, el Senado expide unas Instrucciones para el Concordato que no se ajustan a las propuestas personales presentadas por el enviado peruano al cardenal Santucci ni al proyecto que para el otorgamiento de dichas Instrucciones fue sometido a esa Cámara parlamentaria. Es más, algunas de las Instrucciones aprobadas son abiertamente contradictorias; por ejemplo, una apunta a que, en "sede vacante", los vicarios capitulares concentren la jurisdicción eclesiástica, mientras que otra contempla: "Que los obispos electos puedan gobernar sus iglesias antes de recibir las Bulas de su institucion y solo con la presentación y nota de ruego y encargo á los Cabildos sede vacante". (sic).[43]

---

41 *Confr. Archivio Storico*, fascículo 268, pp. 87r-90v; fascículo 279, pp. 100rv, 102r-108v. Garaycoa: *Op. cit.*, p. 61.

42 *Confr. Archivio Storico*, fascículo 275, pp. 120v-121r, 124rv, 127r-129r, 131r-132r, 133r, 135r-137r, 139r-140r.

43 *Archivio Storico*, fascículo 252, p. 25rv (el texto citado de las Instrucciones del Senado al Presidente de la República, de 7 de noviembre de 1853, corresponde a la número 7, en abierta contradicción con la número 4). *Vid.* también en ese fascículo, pp. 21r-23r, 25v-26r.

El Arzobispo Luna Pizarro destaca, en comunicación al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, cómo el proyecto ventilado en el Senado.

...estaba redactado como sigue = respecto de los obispos de Ju- nín y Puno ú otros nuevos que en lo sucesivo convenga establecer se ne- gociará un articulo en tales terminos que el Sumo Pontífice contraiga el compromiso de erígirlos canonicamente a la mayor brevedad.

> En lugar de la palabra erígirlos se ha sostituido la de confirmar, pretendiendo que erígir nuevos Obispados es atribucion del poder civil". (sic).[44]

Lo ocurrido con el Concordato que Herrera y Echenique impulsaban contrasta con otras iniciativas de índole diplomática desarrolladas durante la propia misión del primero ante la Sede Apostólica y las principales Cortes italianas de la época, como el tratado de 1853 con el Reino de Cerdeña sobre cuestiones consulares, de navegación y comercio.[45] La razón fundamental de tal diferencia estriba en que la concertación de los acuerdos con la Santa Sede está supeditada a unas Instrucciones previas que debía dar el Senado (en la Constitución de 1839) o el Congreso (en las demás Constituciones desde la de 1828 y hasta, inclusive, el texto ori- ginal de la Constitución de 1933, antes de la reforma de 1940), mientras ello no sucede con el resto de convenios a ser celebrados por el Estado peruano.

El asunto se torna más palmario, si cabe, al pensar que, desde el Estatuto Provisorio de 1855 y hasta la Constitución de 1933, se menciona a los concordatos junto con los demás convenios internacionales sus- ceptibles de ser concertados por el presidente de la República, y, luego,

---

[44] *Archivio Storico*, fascículo 252, p. 26r (Nota en anexo a carta reservada del Arzobispo de Lima Francisco Javier de Luna Pizarro al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, fechada el 10 de diciembre de 1853).

[45] *Confr*. notas de Don José Manuel Tirado, Ministro peruano de Relaciones Exteriores, a Don José Canevaro, Cónsul General de Cerdeña, fechadas en Lima el 6 de abril de 1853 y el 14 de septiembre de 1853, en *AMRE*, Correspondencia consular... (*vid.* ut supra nota 8), reverso de la p. 29 y p. 30. Comunicación de Don Bartolomé Herrera, responsable de la Legación del Perú cerca de la Corte de Cerdeña, al Ministro peruano de Relaciones Exteriores, fechada en Lima el 27 de septiembre de 1853, en *AMRE*, legajo 5-16, Servicio Diplomático del Pe-

rú – Legación en Italia, correspondiente al año 1853.

aprobados por el Congreso. Sin embargo, se sigue condicionando la suscripción de un concordato a la existencia de instrucciones previas del cuerpo legislativo; ello se mantiene hasta la antedicha reforma constitucional de 1940 y explica, en parte, que la celebración de un acuerdo internacional entre la Santa Sede y la República del Perú apenas se materializara en julio de 1980.

Un detalle adicional es que se autorizara el desplazamiento de Monseñor Lorenzo Barili, Enviado Extraordinario de la Santa Sede en Nueva Granada (Colombia) y Delegado Apostólico para el Perú, Ecuador, Bolivia y Venezuela, desde Bogotá –donde residía– a Lima para ultimar los trámites y suscribir el concordato. Este viaje no llega a concretarse por diferentes razones, entre ellas algunas situaciones que afectaban a la Iglesia neogranadina (colombiana), pero resulta significativo que la Santa Sede admitiera una excepción a la práctica usual de negociar y firmar los concordatos en Roma; una fórmula que se habría considerado para dar la imagen de "cerrar" en la Ciudad Eterna el concordato era la firma *ad referéndum* del mismo por el Delegado Apostólico.[46]

El Arzobispo Luna Pizarro sugiere que Herrera, quien mantuvo su condición de representante peruano ante la Santa Sede hasta el triunfo de la revolución de Castilla contra Echenique en enero de 1855, acuda a Bogotá para tratar allí con Monseñor Barili los términos del concordato. Sustentaba tal opinión –no exenta de lógica– en que, si la negociación se realizaba en Lima, quien intervendría en ella a nombre del Perú sería un personaje conocido por sus posturas hostiles a la Iglesia como el nuevo ministro de Relaciones Exteriores José Gregorio Paz-Soldán.[47] Una reco- mendación de estas características, unida a la afirmación que el tema del fuero eclesiástico podría entrar en el concordato si quien negociara sus términos fuera Bartolomé Herrera, refleja que este último despertaba la confianza del ilustre y veterano prelado.[48]

[46] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 248, pp. 80r-81r, 85v-86v; fascículo 251, pp. 62r, 73rv, 78rv; fascículo 252, pp. 3r-10v, 36r, 44r-45r, 47r-49v, 51r-52r.

[47] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 252, p. 22rv (en carta reservada citada supra nota 44); fascículo 248, p. 79r (referencia en carta reservada de Bartolomé Herrera al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, fechada en Jauja, Perú, el 26 de mayo de 1858).

[48] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 252, p. 22v (vid supra notas 44 y 47); fascículo 248; p. 49rv.

El balance de la misión de Herrera es, en cualquier caso, muy satisfactorio. Obtuvo la designación en marzo de 1853 de Agustín Guillermo Charún como Obispo de Trujillo, en cuya Bula de preconización se menciona de manera explícita a la República Peruana y no, como hasta entonces, a la América Meridional.[49] Igualmente, consiguió diversos beneficios y dispensas a favor de la Iglesia en el Perú, mas los efectos prácticos de muchas de esas gracias resultan desvirtuados o retardados, según lo refiere a la Santa Sede el Arzobispo Luna Pizarro, por no darse a tiempo el "exequátur" a las Bulas respectivas.[50] No es la primera ni la última vez en que la falta del "exequátur" o el retraso en la expedición de éste limita o distorsiona la eficacia de medidas adoptadas por la Santa Sede; uno de esos casos se produjo al no otorgarse oportunamente el "pase" a los documentos pontificios condenatorios de la obra del sacerdote Francisco de Paula González Vigil, dentro de la cual se oponían los derechos y la autoridad de los gobiernos y los obispos contra las pretensiones de la Curia Romana.[51]

En los años posteriores, se plantean nuevos intentos concordatarios que no logran plasmarse en un acuerdo; el propio Bartolomé Herrera quiso, en 1858, retomar lo visto tiempo atrás con tal propósito al percibir una actitud más propicia a la idea en el presidente Castilla.[52]

En 1872, se suscita un serio problema a propósito de la sucesión en la sede primada de Lima del Arzobispo José Sebastián de Goyeneche.

[49] *Confr*. Garaycoa: *Op. cit*., p. 89. Nieto: *Op. cit*., t. XI, p. 570. Ruda: *Op. cit*., 1995, p. 305. Vargas Ugarte: *Ocitp.* V., ,t.pp. 124-125.

[50] *Confr. Archivio Storico*, fascículo 250, pp. 102r-103v (carta del Arzobispo de Lima Francisco Javier de Luna Pizarro al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, de 9 de diciembre de 1853. *Vid.* también en ese fascículo, pp. 5r-8v, e, igualmente, los fascículos 252, p. 22r (*vid*. supra notas 44, 47 y 48), y 272, pp. 13r-19r (comunicación de Don Luis Mesones al Cardenal Secretario de Estado Antonelli, fechada en Roma el 19 de septiembre de 1865, acerca de la práctica peruana en materia de exequátur).

[51] *Confr. Archivio Storico*, fascículos 248, p. 24r; 252, pp. 8r, 22rv; 254, pp. 86v, 87r. Interdonato, Francisco S. J.: "Relaciones de la Iglesia y el Estado en la Nueva Constitución del Perú", en *Revista Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Programa Académico (actualmente, Facultad de Derecho), junio 1981, Nº 35, pp. 91-92. Nieto: *Op. cit*., t. XI, pp. 574-575, 576-577.

[52] *Confr. Archivio Storico,* fascículo 248, pp. 79r-81r, 85r-88r, 93r-94v (*vid*. supra nota 47).

La importancia y complejidad del asunto, desde sus antecedentes hasta el resultado satisfactorio al que se llegó como consecuencia de la hábil gestión diplomática de Pedro Gálvez y del desprendimiento de Monseñor Manuel Teodoro del Valle, merecen un análisis concienzudo en otro artículo.[53] Pedro Gálvez, a quien el gobierno del Presidente Manuel Pardo y Lavalle puso a cargo de una misión extraordinaria ante la Santa Sede,[54] fue el artífice de otro éxito diplomático notable: la concesión a los Presidentes del Perú, en 1875, del derecho de patronato en las mismas condiciones en que lo habían ejercido los Reyes de España mientras duró su dominio sobre esta parte de América; ello se expresa, y he aquí una nota de singularidad importantísima, no en un concordato, sino a través de la Bula Praeclara inter beneficia del Papa Pío IX. Cabe destacar, con vistas a la adecuada comprensión del marco en que se sitúa dicha concesión ponti- ficia, lo arraigada que estaba en el Perú la institución del patronato; indica- dor de ello es la afirmación del Arzobispado de Lima Francisco Orueta Castrillón, contenida en carta al Secretario de la Sacra Congregación de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios de fecha 14 de noviembre de 1873, a mérito de la cual: “Como el Patronato es aqui un hecho del que no pueden prescindir los obispos, es necesario reconocer, sino el derecho, al menos el ejercicio…” (sic).[55]

Otra opinión sobre la materia que resulta sumamente interesante por provenir de una figura reputada y prefigurar el escenario que acabó planteándose tras la expedición de la citada Bula *Praeclara inter beneficia* es- tá recogida en una comunicación personal y reservada al Papa Pío IX, escri- ta el 13 de mayo de 1873 por Pedro José Calderón. A criterio de éste…

> La concesion del Patronato por la Santa Sede á los Presidentes del Perú seria vista con un indecible regocijo por todos los peruanos verdaderamente católicos. Si consta que se ha solicitado por el mismo Poder Civil, será un esplén-

[53] *Confr. ASV*, Segreteria di Stato, anno 1872, rúbrica 251, fascículo 2, pp. 24r-25v, 28r-29r, 30r, 32r-37v, 50r-51r, 52r-56r, 58r-59v, 83r-84v, 86r-87r, 134r-135r, 143r-144r, 173r-174v, 175r-176v, 179r-182v, 183r, 185r. Nieto: *Op. cit.*, t. XI, pp. 572-573.

[54] *Confr.* Despacho de Don Pedro Gálvez al Ministro peruano de Relaciones Exteriores, fechado en Roma el 26 de octubre de 1872, en *AMRE*, legajo 5-0, Servicio Diplomático del Perú - Legación cerca de la Santa Sede, correspondiente al año 1872, Nº 5.

[55] *Archivio Storico*, fascículo 279, p. 103r.

dido triunfo para la causa católica en el Peru. Pero hay que temer los embarazos que, en el hecho, encontrará, por haberse verificado la súplica, contra la doctrina que la constitucion parece establecer, y segun la misma constitucion, no ha podido sobreponerse, sin sancionar la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas (...)

Solo el concordato, celebrado en debida forma, podrá obviar este inconveniente, porque se basará en la constitucion misma, que ha hecho respecto de él, una excepcion á la regla general. (sic).[56]

En efecto, el exequátur a la Bula de concesión del patronato no se confirió en los gobiernos de Manuel Pardo y Mariano Ignacio Prado, sino por medio del Decreto de 27 de enero de 1880, durante la Dictadura de Nicolás de Piérola y siendo, precisamente, responsable del despacho de Relaciones Exteriores Pedro José Calderón. El Delegado Apostólico Mario Mocenni –entonces ya con residencia en Lima– informa a la Santa Sede, el 1º de febrero de 1880, de tal hecho y de las dificulta- des habidas en los años anteriores al procurar se diera el "pase" a la Bula de Pío IX por la postura contraria del fiscal José Gregorio Paz-Soldán y el influjo de sectores liberales en las Cámaras parlamentarias; el enviado pontificio llega a sostener que hay un riesgo por provenir la decisión de un gobierno dictatorial, susceptible de ser desconocida ulteriormente, pe- ro recalca que, de ocurrir ello, se estaría en idéntica situación a la existen- te antes de otorgarse el exequátur.[57] Con posterioridad a la guerra del Pa- cífico, se declararon sin efecto todos los actos de la Dictadura de Piérola, pero, en la práctica y porque acarreaba implicaciones de carácter interna- cional, se asumió la vigencia del mencionado Decreto de 27 de enero de 1880; el mejor testimonio en respaldo de esta aseveración es la deroga- ción expresa del mismo por Decreto Ley 23147, del 16 de julio de 1980, como medida previa a la celebración –tres días después– del Acuerdo en- tre la Santa Sede y la República del Perú.[58]

Finalmente, una situación muy seria se produjo tras la reforma del artículo 4 de la Constitución de 1860, en cuya virtud se suprimió la

[56] *Archivio Storico*, fascículo 282, pp. 44r-45r.

[57] *Archivio Storico*, fascículo 8, pp. 22r-23v.

[58] *Confr.* Ruda: *Ocitp.* p., .1390995.,Vargas Ugarte:

cOp. V., ,t.pp. 302-303.

última parte del mismo que impedía el ejercicio de cultos distintos al católico. El procedimiento se empezó en 1913 con las votaciones favorables del Senado y la Cámara de Diputados, seguidas de la protesta a nombre de la Santa Sede;[59] en 1914, el Senado volvió a pronunciarse positivamente, pero la Cámara de Diputados no secundó la iniciativa a instancias del entonces ministro de Relaciones Exteriores Gazzani que plantea la inoportunidad de la medida por una razón de interés internacional para el Perú como era no ofender a la Santa Sede en un contexto donde el Papa podía actuar como árbitro para resolver las cuestiones de límites pendientes con Colombia.[60]

A fines de 1915, durante el segundo gobierno de José Pardo y Barreda, la propuesta de reforma constitucional obtiene el respaldo de la mayoría de la Cámara de Diputados. El Presidente no promulga la ley que consagra la reforma, pero tampoco veta ésta, con lo que acaba entrando en vigor.[61] Ante tal circunstancia, y considerando que entre los términos de la concesión del patronato a favor de los presidentes del Perú se había tenido en cuenta que la religión católica fuera la oficial del Estado, con exclusión del ejercicio público de cualquier otro culto, la Santa Sede evalúa si se habría producido la caducidad del patronato –sujeto a unas condiciones– y si cabría invocar la denuncia de la bula *Praeclara inter beneficia*.[62]

Estas reflexiones son transmitidas por el Secretario de Estado de la Santa Sede al Ministro de Relaciones Exteriores Enrique de la Riva-Agüero, para su posterior traslado al Presidente; el Cardenal Gasparri aduce que, por esa única vez y atendiendo a los sentimientos de filial adhesión al catolicismo del pueblo peruano, se estimaría todavía vigente el patronato.[63] Llama poderosamente la atención, pues reflejan claramente

---

[59] *Archivio Storico*, fascículos 119, p. 44 (en anexo Sacra Congregazione Degli Affari Eclesiastici Straordinarii – Perù – Giuspatronato e libertà dei Culti, Gennaio, 1916, pp. 17-25); y 122, p. 10r.

[60] *Archivio Storico*, fascículo 119, p. 44 (en anexo, vid nota 59, pp. 26-28).
Confr. también Porras Barrenechea, Raúl y Alberto Wagner De Reyna: *Historia de los límites del Perú,* Lima, Editorial Universitaria, Academia Diplomática del Perú, 1981, pp. 100-103.

[61] *Archivio Storico*, fascículo 119, p. 44 (en anexo, *vid*. notas 59 y 60, pp. 29-35), 59r-61v; y 122, pp. 9v-10v.

[62] *Archivio Storico*, fascículo 119, p. 44 (en anexo, *vid*. notas 59-61, pp. 5-11).

[63] *Archivio Storico*, fascículo 119, pp. 49r-50r, 52r-53r, 59r-61v.

una mentalidad que concibe el patronato como inherente al Estado y no derivado de una concesión pontificia, las palabras dichas por el Presiden- te José Pardo al Delegado Apostólico Monseñor Angelo Scapardini, el 22 de mayo de 1916, en el sentido que:“El Patronato lo tenemos y nadie nos lo puede quitar”.[64]

En esa línea, justamente, se pronuncia el ministro de Relaciones Exteriores Enrique de la Riva-Agüero, cuando escribe su respuesta al Cardenal Secretario de Estado Gasparri con fecha 12 de junio de 1916. En ella señala que:

> … la nota de Vuestra Eminencia ha venido a plantear una doctrina de la que mi Gobierno, con sentimiento, no puede dejar de disentir en defensa de derechos que le acuerda la Constitución de la República y que no le podrían ser desconocidos sin alterar profundamente las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado.
>
> Cualesquiera que hayan sido, en efecto, los términos de las Letras Apostólicas Praeclara Inter, en cuya redacción no tuvo ni podía tener intervención alguna el Gobierno peruano, es principio de la Ciencia Constitucional, consagrado en nuestra Carta Política desde que el Perú proclamó su independencia, que el Patronato corresponde a los Gobiernos, cuando, como ocurre entre nos- otros, tiene la Iglesia Católica carácter de oficial y es protegida y sostenida por el Estado (…)
>
> Se halagan Su Excelencia el Presidente de la República y el infrascrito con la confianza de que (…) encontrará el Santo Padre (…) que no ha habido fun- damento que justifique la queja formulada ni los juicios expresados sobre la caducidad de un derecho como el de Patronato, vinculado al ejercicio de la Soberanía Nacional (sic).[65]

64 *Archivio Storico*, fascículo 119, pp. 50r, 59v.

65 *Archivio Storico*, fascículo 119, pp. 53r, 54v.

Derecho Internacional Público

Hacia una nueva talasopolítica en el Atlántico Sur:

El mar presencial argentino, las islas atlánticas usurpadas por Gran Bretaña y un futuro mar presencial del Mercosur y de toda América

Alfredo H. Rizzo Romano

En primer lugar, explicaré –someramente– los antecedentes jurídico-administrativos de la denominada "Teoría del Sector", aplicables en las tierras y aguas polares del Norte y Sur.[1]

El 20 de febrero de 1907 el entonces senador franco-canadiense Pascal Poirier, anunció ante el Parlamento de Ottawa, conforme los linea- mientos fijados por el Club Náutico de Nueva York, en su reunión de 1906, la delimitación del sector ártico canadiense, aproximadamente en- tre sus puntos extremos de longitud O. Gr. Este y Oeste los meridianos 60° y 141° O. Gr. hasta el Polo Norte, lo que se concretó por un acto ad- ministrativo del año 1925.

La Argentina, siguiendo esa teoría, después que lo hizo la antigua URSS (hoy Rusia) en 1926, que al igual que Canadá y luego Dinamarca

[1] En el Apéndice XIV (págs. 857 a 860) de mi obra "*Derecho Internacional Público*", 3a. edición, Plus Ultra, 1994, bajo el título:"La continuidad del Territorio Nacional y la eliminación del paralelo 60° S (parte de él) como límite Norte de la Antártida Argentina", se reproduce una vieja tesis mía de hace casi tres décadas inspirada en la obra del jurista americano Wolfgang Friedmann: *El futuro de los mares* y en la apropiación de un enorme espacio marítimo por parte de la República de Chile, desde sus costas y por 300 millas alrededor de la isla de Pascua, a 3200 Kms. de las mismas; así como en las consecuencias del Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, que critiqué en dicha obra (págs. 913 y sgtes.), y la actual posición del Reino Unido posterior al conflicto del Atlántico Sur, sobre todo en lo que hace a la apro-

(Groenlandia) y Noruega, no fijaron ningún paralelo como límite Sur sus respectivos sectores; poco menos de dos décadas después, estableció que los meridianos 25° O. Gr. (Islas Sandwich del Sur) y 74° O. Gr. Cerro Ber- trand, Pcia. de Santa Cruz) hasta el Polo Norte, y el paralelo 60° Sur, eran el límite de nuestro Sector Antártico.

Después de la ocupación de las islas Órcadas del Sur en 1904, el 10 de Junio de 1906 el entonces Ministro Plenipotenciario argentino en Chile, Lorenzo Anadón, instruido por nuestra cancillería, protestó contra el Decreto 260 del 27/2/1906, publicado sólo en Abril de igual año, por el cual el gobierno trasandino pretendía ejercer jurisdicción sobre las islas Diego Ramírez, las Islas Shetlands del Sur y otras tierras antárticas, otorgando concesiones a Enrique Fabry y Domingo de Toro Herrera, interpretando correctamente, que el art. 3° del Tratado de Límites del 23/7/1881, modificado y aclarado por el Protocolo del 1/5/1893,limitaba al Cabo de Hornos, y no más al Sur, la jurisdicción territorial chilena, mediante la frase: "...hasta el Cabo de Hornos".

Fue así como esta protesta motivó la propuesta chilena de deli- mitar fronteras con la Argentina en la Antártida, mediante un "Tratado Complementario de Demarcación de Límites" (1906), que descubrí en 1960, al estudiar los papeles del Dr. Victorino de la Plaza en el Archivo General de la Nación para mi tesis doctoral y mencioné en la primera edición de mi libro *La cuestión de límites con Chile en la zona de Beagle*.[2]

En su Art. 2° expresaba:

> Ambos Gobiernos, directamente interesados en evitar cuestiones con motivo de la ocupación efectiva de las islas y continente de la Antártida Americana, han acordado trazar el límite divisorio en esa zona por una línea que pa-

---

piación de millones de toneladas de pesca por esa y terceras potencias y la actual prosperidad económica de nuestras Malvinas y demás islas del Atlántico Sur que nos fueron usurpadas; circunstancias que nos alejan cada día más de una justa solución en el contencioso que mantenemos con el Reino Unido desde 1833.

[2] Rawson, Chubut, Instituto de Estudios Superiores, 1967, pág. 50. Legajo Sección Documentación Donada, Archivo del Dr. Victorino de la Plaza. Relaciones Exteriores, Chile, 1907, 1916 y sin fecha, Sala 7, piso 5, Cuerpo 4, Anaquel 5, n° 8, folios 3/5, investigado por quien les ha- bla por primera vez.

sando entre las islas Clarence y las Órcadas del Sur, va a la punta de más al Norte que desprende el Monte Bransfield y sigue por el continente en una situación intermedia a las dos costas. Las tierras e islas situadas al Oriente de esa línea pertenecerán a la República Argentina, y a Chile las situadas al Oc- cidente. La expresada línea divisoria es la que aparece en el Plano que acom- paña este convenio...[3]

El l4 de septiembre de 1927 la Dirección General de Correos y Telégrafos de la Argentina, mediante nota n° 14/9 de ese año, suscripta por el Jefe del Servicio Internacional, comunicó a la Unión Postal Universal, que la jurisdicción territorial argentina se extendía de facto y de iure, a las Islas Órcadas del Sur y Tierras Polares no delimitadas.

En 1934, durante el 10° Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en El Cairo, así como en la Conferencia Ballenera de Londres (1937) y en la Reserva formulada por la República Argentina, en la Declaración de Panamá (1939), Segunda Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; así como en notas de protesta al Embajador Británico (11/9/1940), chileno (12/11/1940) y al Gobierno de los Estados Unidos de América (9/3/1940), con motivo de la colaboración argentina a la Expedición del Almirante Byrd, el Gobierno Argentino mencionó sus derechos sobre el territorio antártico, aunque sin delimitar su sector.

Ya alrededor de medio siglo antes (1894), nuestro Gobierno, ante el pedido del ciudadano Luis Neumayer, para cazar focas y lobos marinos en la península antártica, previo dictamen del entonces Jefe del Estado Mayor de la Armada, Almirante León de Solier, por Resolución del Presidente de la República Teniente General Roca (29/12/1894) estableció nuestros derechos sobre las regiones antárticas.[4]

La cartografía del Instituto Geográfico Militar (I.G.M.), a partir del año 1940, registra los actuales meridianos 25° y 74° O. Gr. y el paralelo 60° S, pero un Memorandum de nuestra Cancillería al Embajador Británico, del 15/2/1943, habla de los meridianos 68° 34' O. Gr. (Antiguo límite con Chile en la Tierra del Fuego desde 1881 hasta 1893, reemplazado por

[3] *Ídem*, segunda edición Edit. Pleamar, Buenos Aires 1968, páginas 132-134,"Derecho Internacional Público", 3ª edición, Plus Ultra, Bs. As., 1994, pág. 858.

[4] *Confr.* Luis Benencia en el Tercer Congreso de Historia Argentina y Regional, Academia Nacional de la Historia, Comodoro Rivadavia, enero de 1973.

el actual 68° 36’ 38,5” O. Gr., mediante el Protocolo Adicional y Aclarato- rio del 1° de mayo de 1893, Ley 3042) y 25° O. Gr.

Como se advierte, se trata de un mero error material de algún despistado funcionario del entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

La Comisión Nacional del Antártico, mediante la Comunicación n° 4 del 12 de marzo de 1947, rectificó esta notoria falla diplomática.

La Ley 14.408 del año 1953, en su artículo 1° inciso c) constituyó la nueva Provincia Patagonia, "...limitada al Norte por el paralelo 45°, al Este por el Océano Atlántico; al Oeste por la línea divisoria con la República de Chile, y al Sur por el Polo, comprendidas las Tierra del Fuego, Islas del Sur atlántico y Sector Antártico Argentino”.

El Decreto-Ley 2191/57 ratificado por ley 14.467, restableció el Territorio Nacional (hoy Provincia) de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aludiendo al paralelo 60° S como límite marítimo de nuestro Sector Antártico.

A diferencia de las delimitaciones rusa, canadiense y chilena (*inter alia*)gelantAinra puso –con la valla del paralelo 60° Sur– una incomprensible discontinuidad en su patrimonio territorial y marítimo.

Chile fue más coherente con la posición de los países del hemisferio Norte, pues el Decreto Supremo 1747 del 6/11/1940, que reconoció como antecedente el informe de la Comisión Especial creada por Resoluciones del Ministro de Relaciones Exteriores del 7/9/1939 y del 6/11/1940, no estableció paralelo alguno como límite norte de sus pretensiones antárticas, delimitándolas arbitrariamente, pues Chile –por el escaso ancho de su territorio– no estableció los puntos extremos Este y Oeste del mismo, sino los meridianos 90° O. Gr., por las islas de Juan Fer- nández sobre el Pacífico y 53° O. Gr., nada menos que por el meridiano de Tordesillas delimitando las tierras españolas y portuguesas, a fines del siglo XV.

En mi obra *Derecho Internacional Público*[5] establecí las “Razones jurídicas de Geopolítica y de Política Internacional, que justifican la eliminación casi total del paralelo 60° S como delimitatorio de soberanía en la Antártida”, y la “No incidencia del Tratado de Washington (1959) sobre este continente”.

[5] *Op cit*. pág. 859.

Desde la Cátedra, en distintas conferencias a partir de la pronunciada hace casi un cuarto de siglo en el Paraninfo de la Universidad de la República (Montevideo) por invitación de nuestro entonces Embajador Sr. de la Plaza y de las autoridades de la misma, así como la reciente (jueves 16 de octubre del 2003) en la Escuela Superior de Guerra, en publicaciones como la señalada *ut supra* y las del diario "La Opinión" de Buenos Aires, ediciones del 8/7/1977 y 5/8/1977, etcétera; vengo sosteniendo la imperiosa necesidad de eliminar gran parte del límite Norte de nuestras pertenencias antárticas (paralelo 60° S), salvo en el tramo de menos de 7 grados geográficos, que corre entre los meridianos 74° O. Gr. y el del Ca- bo de Hornos 67° 16' 3" O. Gr., fijado de común acuerdo con Chile, has- ta el paralelo 58° S, que reconoce a la Argentina más de 100 kms. sobre el Océano Pacífico, tornándolo un país biocéanico, merced a la mediación de la Santa Sede (1978).

Si este meridiano del Cabo de Hornos, que la comunidad científica internacional considera como límite entre los Océanos Atlántico y Pacífico, así como los Cabos de Agujas (en portugués Agulhas) entre el primero y el Índico, y el de Londonderry en Tasmania, entre este último y el Pacífico, como lo demuestro en el Capítulo VI de mi tesis doctoral *La cuestión de límites con Chile en la zona del Canal de Beagle*[6] y concede a la Argentina libre ingreso a las aguas del Pacífico, se prolongase sólo dos grados hacia el Sur, hasta el paralelo 60°, y desde la intersección de dicho meridiano 67° 16' 3" O, hasta el meridiano de las islas Sandwich del Sur, 25° O, se eliminase dicho paralelo 60° S, como ya lo hizo Chile hace 63 años; existiría una verdadera continuidad entre los territorios argentinos americano y antártico, y se habría adoptado –en forma correcta– la verdadera teoría del sector, en auge desde casi una centuria.

Por su parte el meridiano 25° O de las mencionadas islas o –si se quiere– el meridiano 21° 12' O de las 200 millas hacia el Este de las Sandwich, deberá prolongarse hacia el Norte hasta su intersección con el paralelo del punto más austral del límite lateral marítimo con la República Oriental del Uruguay (paralelo 37° 30' o 37° 32' S y longitud 55° 23' O. Gr.) conforme surge del artículo 78 del Tratado del Río de la Plata y su límite lateral marítimo.[7]

---

6 V*id.* segunda edición, Pleamar, Buenos Aires, 1968, páginas 169 a 180.

7 *Vid*. mis críticas a este acuerdo en la tercera edición de mi *Derecho Internacional Público*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, páginas 913 a 941, *in speciem* comentarios a los artículos 70 y 71.

Desde la intersección del paralelo 37° 32° S con los meridianos 25° o 21° 12° O. Gr., como una forma de impedir que el Uruguay siga avanzando hacia el Sur, en dos puntos factibles de balizamiento, que de- nominé Almirante Brown I (37° 32' S y 25° O. Gr.) y Almirante Brown II (37° 32' S y 21° 12' O. Gr.), se cerrará un inmenso espacio de cerca de
15.0.0 kms[2] de aguas estratégicas y con grandes riquezas vegetales, animales y minerales, que rodearan íntegramente las pretensas aguas proclamadas unilateralmente y con la firme protesta argentina, alrededor de las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, fuente de inmensas regalías pesqueras para los isleños, producidas por embarcaciones rusas, coreanas, japonesas, españolas y de otras naciones. De esta manera, en forma similar a la realizada por Chile, con escasa protestas internacionales –no tengo noticias que su antiguo aliado en1982 haya manifestado su disconformidad con esa medida trasandina– que reivindicó también como Mar Presencial (tésis del ex comandante en jefe de su Armada, Almirante Jorge Martínez Busch) una extensión aún mayor del Pacífico Sur (19.967.337 kms.2), hasta 300 millas alrededor de la isla de Pascua, a 3200 kms de sus costas americanas, partiendo del límite lateral marítimo con el Perú en el paralelo 17° 5' S y boyas Nazca, envolviendo a esta posesión polinésica de Chile y siguiendo hacia el Polo Sur, apoyando esta tesitura de nuestros vecinos trasandinos e invitando al Uruguay y al Brasil a continuar –hasta la altura de su límite lateral con Guyana– con tesituras similares, en defensa de nuestros derechos de pesca y extracción de productos vegetales y mi- nerales, se conformará un enorme espacio Pacífico-Atlántico del Merco- sur. (Entidad de la que Chile por ahora es asociado).

Este espacio que podrá denominarse Mar Presencial Atlántico y Antártico Argentino o –si se quiere– Mar de Resguardo Patrimonial Argentino, que al igual de lo actuado en Chile, podrá establecerse jurídicamente mediante un simple agregado a la Ley Nacional de Pesca, legislando que en estos límites la regulación de esta actividad extractiva quedará reservada a la República Argentina, ante la depredación de sus especies marítimas, que podrá aplicar multas a las embarcaciones de terceros países (con excepcion del Mercosur según cuotas pactadas con sus integrantes) que ingresen en dicho espacio. Va de suyo que al salir de las pretensas 200 millas alrededor de las islas usurpadas por el Reino Unido, los pescadores extranjeros serán rodeados –cuando la República esté en aptitud de hacerlo, después de haberse desmantelado sus Fuerzas Armadas, durante los últimos veinte años– por embarcaciones navales o de la

Pre-

fectura Naval Argentina, que estarán habilitadas a cobrar nuevos gravámenes a estos pescadores.

Con ello se terminará la depredación de nuestros mares y la ex- plotación intensiva y abusiva de la riqueza en pesca de estos caladeros, por cánones otorgados por las autoridades usurpadoras británicas, y es más que seguro que el Reino Unido se verá constreñido a negociar la entrega futura de estos territorios a su legítimo dueño.

En el XVIII° Congreso Ordinario del Instituto Hispano-Luso-Ame- ricano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), realizado en Santiago de Chile y Viña del Mar, durante el mes de septiembre de 1994, el Contraal- mirante (Auditor General de la Armada de este país), Mario Duvauchelle Rodríguez, disertó (6/9/1994) sobre “La propuesta del Mar Presencial, su vinculación con la Convención del Mar, sus perspectivas y una evolución de sus actuales resultados en el mundo académico”, dejando aclarado que en nada se hería el principio de libre navegación, sobrevuelo aéreo y libertad de los mares y sólo se protegía la pesca nacional de los depredadores in- ternacionales.

Esta *disertatio* mereció mi particular aprobación y una posterior contestación del entonces Embajador español y miembro del IHLADI, Dr. José Antonio de Iturriaga Barberán.[8]

Entre las páginas 412 a 439 Iturriaga criticó esta teoría mencionando los trabajos de Jane Gilland Dalton[9] y Thomas A. Clingan (jr)[10], donde el segundo afirma que esta enorme extensión de casi 20 millones de kms.^{2}, según el cálculo de la primera “...constituye la mayor zona de influencia o hegemonía existente...”, a lo que el embajador español añade, equivocadamente[11] que “...desde la Bula *Inter Coetera* del Papa Alejandro VI”, jamás existió una atribución tan grande de aguas, para terminar afir-

8 *Confr. Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*o, Tmo 12, Madrid, 1995, páginas 187/202 y 470 Contraalmirante Duvauchelle y 389 a 439 Dr. Iturriaga.

9 De Chilean Mar Presencial: A Harmless Concept or a Dangerous Precedent?, publicados en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 8 (3), 1993, página 397.

10 Mar Presencial (The Presencial Sea): Deja vu All Over Again? A Responce to Francisco Orrego Vicuña, en *Ocean Development and Internacional Law*; 24 (1), 1993, pág. 94.

11 *Vid*. la delimitación del Tratado Interamericano o TIAR, así como la Convención sobre búsqueda y rescate de aeronaves.

mando que confía en que "...la teoría del Mar Presencial se quede en el ámbito del 'dicho' y no pase al del 'hecho' consumado"; sumándose así a la crítica de Jane G. Dalton, al considerar que "...el concepto del Mar Presencial ofrece un precedente muy perturbador..."

Cabe destacar que el querido colega Iturriaga Barberán, destacado jurista de origen vasco-español, está defendiendo los intereses pesqueros de su Patria, como ya ocurrió en lo concerniente a la pesca del bacalao en aguas fuera de las 200 millas del Canadá y próximas a Groenlandia, donde una embarcación española fue capturada hace una década por un buque de la Real Policía Montada del Canadá y severamente mul- tada, sin que la Comunidad Europea interviniese.

Como adelanté anteriormente y ahora puntualizo, este "Mar Pre- sencial" hoy constituye el contenido de leyes chilenas como la 19.080 del 6/9/1991, y la posterior n° 19.300.

Debemos recapacitar que a estas embarcaciones se las ponga en la necesidad de acordar previamente con nuestras autoridades de pesca y no merodear con verdaderas ciudades flotantes a partir de la milla 200, saqueando así nuestras riquezas marítimas.

Las razones que abonan nuestra propuesta con una antigüedad de casi tres décadas son, *inter alia* las siguientes:

• Mientras Chile, al igual que los países del Artico, presentan –con la teoría del sector– una total continuidad entre sus territorios continentales americano, europeo y asiático y sus dominios polares, la Argentina, con la fijación del paralelo 60 Sur, admite un inmenso *mare liberum*, en el Atlántico Sur y Pasaje de Drake o Mar de Hoces, marcando una evidente discontinuidad entre su territorio americano patagónico y el antártico.

• Los acuerdos limítrofes con Chile de hace unos 25 años, acercan el límite lateral marítimo entre ambos Estados por el meridiano del Cabo de Hornos y hasta los 58° Sur de latitud, reconociéndose así nuestros respectivos países como los mas australes del continente y cercanos a la Antártida.

• La evidencia histórica a partir de múltiples experiencia (Prusia Oriental, Bangladesh, etc.), demuestra que todo Estado, separado por tierras o aguas de otro u otros Estados o libres, tiende a perder la porción dividida más débil, en beneficio del o los vecinos más poderosos (así Alemania perdió Prusia en manos de Polonia y Rusia y Paquistán su porción Sur dividida por territorio indio, que si bien se independizó como Bangla- desh, hoy se encuentra bajo la influencia de la República India, etc).

• La posición estratégica del Drake o Pasaje de Hoces, como vínculo entre el Atlántico y el Pacífico, es –tal vez– mayor que la de los restantes comunicadores norteños, el canal de Beagle y el Estrecho de Magallanes, sobre todo en caso de conflictos navales.

• Las riquezas en hidrocarburos, módulos minerales sumergidos, krill, caza y pesca en general, revisten significativo valor.

• Un balizamiento y/o cualquier tipo de señalización del meridiano del Cabo de Hornos, como límite marítimo Sur con Chile y como demarcador de los Océanos Atlántico y Pacífico, no sólo hasta el punto más austral en la intersección del meridiano 67° 16' 3´´ O. Gr. y el paralelo 58° S, sino hasta el mismo paralelo 60° S, servirá para el debido resguardo de nuestros derechos.

• También se asegurará la continuidad de nuestros territorios americanos y antárticos.

• El Tratado de Washington (1959) ratificado en 1961 por la Argentina, en manera alguna prohíbe esta nueva delimitación de espacios marítimos.

• A efectos administrativos, esta enorme extensión marítima atlántica vecina a la dorsal atlántica e Islas Tristán da Cunha (propiedad británica que en cualquier momento puede proclamar 200 millas como ya lo hizo hace una década con nuestras islas atlánticas usurpadas en 1833) podrá ser dependiente de la Provincia de la Tierra del Fuego con excepción de los espacios marítimos de las restantes Provincias atlánticas, Santa Cruz, Chubut, Río Negro y Buenos Aires.

• Una ley del Congreso deberá dictarse a tales efectos.

• Claro está que este proyecto fue concebido para una futura Argentina que cuente con Fuerzas Armadas dotadas de los elementos indispensables para su cometido, pues –como sostuvo el ex Canciller Argentino Dr. Estanislao Zeballos, a comienzos del siglo XX, en su libro *Diplomacia Desarmada*– sin la ayuda de estas Instituciones, toda negocia- ción queda condenada a un posible fracaso.

• De materializarse, los depredadores extranjeros de los mares contiguos a nuestras islas Malvinas, Sandwich y Georgias del Sur, se verán obligados, al igual que quienes pescan a partir de la milla 201, a abonar fuertes sumas al Estado Argentino, y el "negocio Malvinas" dejará de ser tal, junto a su "milagro económico", acercándose así, mediante este accionar una solución a nuestros justos reclamos.

• Por último, debemos recordar que en la actualidad naciones insulares mucho más pequeñas y menos poderosas, reivindican enormes espacios marítimos, ante el consenso universal[12] donde se advierten las enormes demarcaciones de espacios marítimos a partir de pequeños te- rritorios insulares de Micronesia, Islas Carolinas, Pascua, Nueva Guinea, Melanesia, Polinesia, Islas Salomón, Vanuatu, Nueva Caledonia, Fiji o Fidji, Walles y Futuna, Tuvalu, Kiribati, Tokelau, Samoa Americana, Islas Marshall, Islas Cook, Polinesia Francesa, Islas Pitcairn, etc. (Págs. 196/197).

El ejemplo de Chile, un país que jamás ha claudicado de su soberanía y llevó su bandera hasta la isla de Pascua en la Polinesia, desde 1888 (por obra del marino Domingo de Toro Herrera en su "Mar Presencial", proclamado hace tres décadas, nos debe servir como indicador de un camino a seguir, antes que otras potencias nos ganen de mano.

Este mismo "Mar Presencial" podría y debería ser reivindicado también por Perú, la República del Ecuador, donde celebramos este Congreso y que posee costa y contra-costa sobre el Pacífico a través de las Islas Galápagos, Colombia y las demás Repúblicas de América Central y México, así como los restantes países del Atlántico, Venezuela, las Guyanas, naciones de América Central y del Caribe, y no sólo la República de Chi- le y los países del Mercosur como preconizamos en nuestra comunica- ción dirigida al XXIII Congreso Ordinario del Instituto Hispano-Luso- Americano de Derecho Internacional.

La obra del norteamericano Wolfang Friedmann *El futuro de los mares*, de hace poco más de tres décadas, ha afirmado que los estados con litoral al mar, después de dividirse con otros estados, hasta el último centímetro cuadrado de las tierras, harán lo mismo con todos los mares del mundo, resultó profética y esta tesis nuestra tiende a su concreción.

[12] *Confr. Gran Atlas de la Argentina y del Mundo*, publicado por el diario *La Nación,* Bs. As., 2003, folios 192/193.

Derecho Internacional Público

Sistema político-institucional del Mercosur

Adriana Dreyzin de Klor

I | Una primera aproximación

Abordar el sistema político-institucional del Mercosur requiere como primer paso, situarnos en la década del 90 del pasado siglo y más exactamente, en el 26 de marzo de 1991, fecha en que culminan una serie de negociaciones que Argentina y Brasil venían llevando a cabo desde 1985[1]. Invitados por estos países, se suman Paraguay y Uruguay, firmando

[1] El programa de integración gradual entre Argentina y Brasil se inicia por una serie de gestiones diplomáticas que hacen posible la celebración de encuentros de las máximas autorida- des de ambos países. Un proyecto que pocos años antes de realizarse hubiera sido absolu- tamente inimaginable entre naciones que compartían una triste historia de desencuentros, fue afianzándose, superando tales vicisitudes. Es trascendental en el acercamiento de ambos pueblos, la voluntad política demostrada por los gobernantes de los dos países; así, en un pe- ríodo hondamente peculiar de las respectivas historias cobra significativa importancia la ac- titud asumida por los órganos ejecutivos. Basta señalar la fecha de inicio de las negociaciones conjuntas como prueba suficiente: el 30 de noviembre de 1985 se suscribe la Declaración de Iguazú por los primeros presidentes democráticos luego de la tristemente célebre época de procesos dictatoriales en Argentina y en Brasil. Continúan las negociaciones con el "Acta para la Integración Argentino-Brasileña" y la formulación del Programa de Integración y Co- operación Económica, julio de 1986. El 28 de noviembre de 1988 se firma el "Tratado de In- tegración, Cooperación y Desarrollo entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil" que establece como objetivo final la consolidación del proceso de integración y cooperación entre ambos países. Acerca de

estos precedentes puede verse: A. Dreyzin de

el Tratado de Asunción en el que plasman normativamente los inicios de un potencial mercado común[2].

A los efectos de referirnos a este tema, dedicaremos una breve introducción a las circunstancias que enmarcan la constitución del espacio subregional de las que devienen los factores que obraron de cauce a la firma del documento originario, para continuar con la institucionalidad prevista en un primer estadio, íntimamente vinculada al aspecto político. Este factor es el que directamente incide para efectuar las modificaciones que se producen en el organigrama Mercosureño, ya que la importancia asignada a la ideología imperante en los diferentes países del bloque suscita estos cambios, los fundamenta y los sustenta. Concluimos con algunas reflexiones acerca de cómo estimamos que debiera continuar el proceso desde la perspectiva político-institucional a los fines de avanzar hacia su consolidación. Dejamos de lado la problemática jurisdiccional y el sistema receptado para solucionar los conflictos pues ya hemos analizado la cuestión desde los diferentes instrumentos jurídicos que lo rigieron en una primera etapa y los que se encuentran vigentes en la actualidad.[3]

Los orígenes del Mercosur

El proceso subregional no se genera como fruto del azar; antes bien, en su gestación influyen factores vinculados con la situación política, social y económica que atravesaban los estados que se involucran, revis-

Klor, *El Mercosur: Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía 1997, pp. 39-48; M. Galão Flores, "De Iguaçu a Ouro Preto: A árdua jornada do Mercosul", *Temas de integração* nº 17, Portugal, Almedina, 2004, pp. 43-59.

[2] Suscripto por los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República de Paraguay y de la República Oriental de Uruguay, y refrendado por el Acta de Asunción, el Tratado se firma por los presidentes y cancilleres de los cuatro países, a saber: República Argentina: Carlos Saúl Menem - Guido Di Tella; República Federativa de Brasil: Fernando Collor de Melo - Francisco Rezek; República de Paraguay: Andrés Rodríguez - Alexis Frutos Vaesken; República Oriental del Uruguay: Luis Alberto Lacalle Herrera - Héctor Gros Espiell.

[3] De nuestra autoría: *La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias*, *RDPC, N° 9*, p. 451 y ss.; *El Protocolo de Olivos*, *RDPC, 2003-I*, pp. 567-611; *El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones*, *RDPC, 2004-I*, pp. 493-598.

tiendo equivalente importancia la alineación universal caracterizada por la creación de nuevos espacios geográficos con clara definición unificadora de sus intereses y de su accionar.

De esta suerte, bien puede afirmarse que la democracia instalada en las naciones sudamericanas, tanto por la voluntad de los pueblos de vivir en libertad como por el apoyo institucional de los organismos internos, motoriza el proceso integracionista que encuentra en el sistema político uno de los pilares que permiten comprender que la integración económica no es inalcanzable en la región. La existencia de regímenes democráticos es un presupuesto básico y condicionante del despegue de una nueva y más dinámica fase del proceso regional pues sólo en este marco de legitimidad puede encararse la modernización tecnológica, la transformación productiva y la inserción competitiva en el mundo[4]. En es- te sentido, se advierte un antes y un después, una verdadera línea diviso- ria entre las buenas intenciones y pocas probabilidades de éxito de los proyectos anteriores de integración y las potencialidades que surgen en el nuevo contexto.

La sociedad de estos países, en tanto, atravesaba una difícil instancia por hallarse sumamente mellada luego de una década de deterioro económico producido por el agotamiento del desarrollo prevaleciente en dicho período y evidenciado por el endeudamiento externo de los años ochenta,[5] situación que lamentablemente, aunque no de forma exclusiva por las mismas causas, en mucho de los casos no ha sido superada.

[4] En la actualidad, la democracia puede parecer parte del acervo regional permanente, sin embargo no lo era hace apenas dos décadas. *Conf.* R. Bouzas, "Mercosur: ¿Crisis económica o crisis de integración?", en *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur,* HCu. gheney Filho/ C. H. Cardim, organizadores, Brasilia, FUNAG/IPRI/BID, 2003, pp. 47-49.

[5] A los fines de profundizar los motivos que incidieron en el endeudamiento externo de América Latina, pueden consultarse entre otros, los siguientes trabajos: M. Ossandon, "Deuda Externa, ajustes y comercio en América Latina: El triple enfoque", A. Calcagno,"Planteo jurídico de la deuda externa argentina", B. Kunicka-Michalska,"La deuda externa latinoamericana y los derechos del hombre de la tercera generación", todos en: *Revista Debito Internazionale, Principio Generali del Diritto, Corte Internazionale di Giustizia*, que recoge los trabajos presentados en el Seminario Giuridico internazionale "Profili giuridici del debito internazionale con particolare riferimento all' America Latina", Roma, Libreria Editrice Lateranense, N° 23.

Desde la arista externa, las profundas transformaciones producidas en la configuración actual del mundo por la aparición de complejos problemas globales afectando a la comunidad internacional en su conjun- to, como la escasez o mala distribución de los alimentos, las presiones de- mográficas, la competencia por el control de los recursos o toda la gama de males económicos desde la inflación, el desempleo y el endeudamien- to, hasta los problemas de la inestabilidad de los mercados y de produc- tos básicos,[6] decidió a los países a interrelacionarse mediante alianzas e integraciones para afrontar tan difícil panorama.[7]

A la luz de las modificaciones producidas a nivel global surgen nuevos poderes industriales y comerciales, a la vez que las rígidas estructuras nacionales de la primera mitad del siglo se dinamizan y flexibilizan, apareciendo nuevos modelos regionales. Se ofrecen, indudablemente, mayores posibilidades de cambio pero estas transformaciones traen aparejadas también, situaciones de enfrentamiento y por tanto de mayor inseguridad.

¿Cómo repercuten en la subregión los fenómenos señalados?

En primer término habría que señalar la actitud asumida en estos países frente al surgimiento del esquema paradigmático de integración del siglo XX, la actual Unión Europea.[8] Los estados observaron, no sin sor-

---

[6] *Conf.* J. A. Carrillo Salcedo, *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1985, p.13. Señala el jurista una lista interminable de problemas mundiales que repercuten en el actual sistema.También, F. Orrego Vicuña,"El derecho internacional en la perspectiva de un cambio de siglo", en: *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto Rey Caro*, Z. Drnas de Clement, coordinadora, Córdoba, Drnas-Lerner, 2002, pp. 1055-1067.

[7] Estas razones concurren a partir de la Segunda Guerra Mundial, a la gestación de asociaciones económicas que tienen por finalidad superar la grave crisis que afectaba a los estados. Consecuencia del crecimiento de las alianzas, el universo contemporáneo registra cierta mul- tipolaridad que trae aparejada la inevitable remodelación del orden internacional. En la mis- ma línea se pronuncia J. I. García-Peluffo, "Mercosur: más allá de la coyuntura", en: *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur,* C. Hugueney Filho/ C.H. Cardim, organizadores, Brasi- lia, FUNAG/IPRI/BID, 2003, pp. 127-145.

[8] Entre las numerosas obras que pueden consultarse sobre el modelo europeo, su gestación, las instituciones, el derecho comunitario, sugerimos R. Alonso García, *Derecho comunitario, sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

presa, los primeros pasos de la asociación que desde sus inicios comienza a ejercer una marcada influencia en América Latina, en tanto que reafirman la idea de que a los fines de su inserción mundial, es necesario un replanteo de la política a adoptar en el futuro inmediato. Las graves vicisitudes que atravesaban, impidieron conformar modelos semejantes empero, a su vez, hicieron volver más asiduamente la vista a Europa, al proceso en marcha y a los resultados que poco a poco comenzaban a vislumbrarse.[9] A diferencia del modelo adoptado en el viejo continente, la opción integracionista latinoamericana estuvo asociada a un recetario de desarrollo económico que pregonaba la ampliación del mercado regional y la elaboración de una estrategia común de industrialización.[10] En este orden de ideas, cabe destacar que inclusive, con anterioridad al nacimiento

---

9 A partir de 1945 se instaló una nutrida discusión gubernamental y teórica producida princi- palmente por economistas e intelectuales sobre los méritos de la integración entre estados como herramienta propulsora de modernización, crecimiento y prosperidad económica. La elaboración teórica que se fue desarrollando paralelamente a lo que sucedía en Europa, pro- dujo, sobre todo, argumentos exclusivamente en aspectos económicos de la integración, re- legando las fases políticas y sociales a un plano de menor importancia. Conf. A. Frambes-Bu- xeda, “Teorías sobre la integración aplicables a la unificación de los países latinoamericanos”, en: *Configuraciones del mundo actual*, año 1, n° 2, UNAM, pp. 267-306.

10 Afirma W. Rostow que no se pueden perder de vista las discusiones teóricas planteadas en las ciencias sociales en torno a la “teoría del desarrollo” y a la “teoría de la dependencia”. La primera plantea como se moderniza e industrializa un país alcanzando niveles de vida, educación, salarios y otros aspectos que propenden a una existencia humana próspera y eficiente enfocando, algunos doctrinarios, la mecánica económica solamente e incluyendo otros, el impacto y pertinencia de lo social, lo jurídico y lo político. En: *La economía del despegue*, Madrid, Alianza, 1967. Ver también H. Mansilla, “Latin America and the Third World: Similarities and Differences in Development Concepts”, en: *Vierteljahresberichte* N° 68, Bonn, 1977, pp.119-135; S. Kalmanovitz,“Cuestiones de método en la teoría del desarrollo”, en: *Comercio Exterior*, vol. 32-5, México, 1982, pp. 531-542. Acerca de “la teoría de la dependencia”, puede consultarse F. H. Cardoso/ E.Faletto, *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1979; O. Sünkel, *Dependencia, cambio social y urbanización en Latinoamérica*, Chile, ILPES, 1967; C. Furtado,“Dependencia externa y teoría económica”, en: *El Trimestre Económico*, Mé- xico, vol, XXXVIII, n° 150; Boulder, “Dependency and Marxism, Toward a Resolution of the Debate”, Westview Press, Colorado, 1982.

del entonces Mercado Común Europeo, se intentó conformar entre los estados de América Latina distintos tipos de asociaciones económicas, pero las circunstancias coyunturales no resultaron propicias a las iniciativas. Entre los motivos que impidieron crear las condiciones necesarias para que emprendimientos de esa naturaleza pudieran concretarse, se contabilizan las dificultades para compatibilizar las diversas políticas adoptadas a la luz de la economía de cada país, los sentimientos nacionalistas que acompañaban esas políticas y el recurrente cuadro de inestabilidad institucional en la región.[11]

Estas no fueron sin embargo, vallas para la celebración entre los estados sudamericanos de convenios bilaterales como medio de alcanzar soluciones parciales a los problemas que soportaban, convenios que aparecen para paliar la necesidad de encontrar mecanismos que permitan la compensación de los saldos del comercio exterior entre pares o grupos de países y la multilateralización del uso de los saldos bilaterales en monedas no libremente convertibles, especialmente europeas.[12] Pese al empleo de estos mecanismos, tanto la ALALC primero, como la ALADI después, fracasan en sus objetivos y recién con la creación del Mercosur la ALADI recobra cierto impulso que la mantiene en vigencia y actualmen- te revitalizada.

El modelo del esquema subregional

Decididos a conformar el Mercosur, se genera el debate acerca del modelo de integración que convenía adoptar; el planteo se instala desde el momento mismo en que comienza a planificarse el Acuerdo de Asunción. Entre los esquemas posibles se optó por constituir y apuntalar un "verdadero espacio económico común que potencie las ventajas competitivas del conjunto, para lograr una inserción más adecuada a los mer-

[11] Así, por ejemplo, entre Argentina y Brasil, en 1939, se intentó la concertación de un acuerdo de complementación de actividades industriales nuevas dentro de un marco de libre comercio. En 1941, se propuso la Unión Aduanera del Plata.

[12] Estos convenios incluían tanto el problema de los pagos, como el de la regulación del comercio. En los casos en que la estructura de la protección no era muy elevada, resolver el problema de pagos implicaba, en gran medida, solucionar los escollos al aumento del comercio recíproco.

cados internacionales". Este tipo de asociación era el que mejor respondía a la ambición de quienes participaron activamente en las negociaciones.[13]

El Mercosur significaba una superación de la serie de fracasos que en materia de integración regional venían sucediéndose en la zona, a la vez que la esperanza de arribar en esta oportunidad al logro del tan deseado medio para desarrollar un modelo solidario y sustentable en los EP.

Siguiendo los lineamientos plasmados en los convenios que precedieron al TA hubo consenso en centrar el proceso en su primera etapa, en el aspecto económico. En esta línea, el esfuerzo llevado a cabo por los estados se enmarca en una serie de factores estructurales, tales como: la asimetría económica, el bajo nivel de intercambio comercial, una agenda conflictiva de temas comerciales, programas convergentes de políticas externas, voluntad política favorable a la integración, revisión y modificación de pautas del comercio bilateral, cuadros técnicos preparados y sensibilizados para la cooperación y la integración; intereses sectoriales favorables al proyecto; condiciones beneficiosas de proyección subregional y la elaboración de medidas de confianza en temas estratégicos.

En cuanto al principal soporte político, éste se exterioriza en los enunciados preliminares del Acuerdo en los que se reafirma la "voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos", vocación que también se pone de relieve en oportunidad de la ratificación del Tratado por los parlamentos de los cuatro

[13] Así lo sostuvo el ex Secretario de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, Embajador Alieto Guadagni, mientras que, desde otro costado, no faltan opiniones de quienes estiman que el "...Tratado de Asunción estableció fundamentalmente un compromiso entre los cuatro países para la formación de una zona de libre comercio". En esta línea, ver Simonsen y Asociados, *MEl eDrceossaufrío: del Marketing de Integración*,aSualoo, MP akron Books do Brasil, 1992, p. 17. Por otra parte, viene a colación que, tanto Gomes Chiarelli, ex Ministro de Integración de Brasil, como Di Tella, Canciller argentino, coincidieron en enfatizar que el TA, desde su inicio, dio nacimiento institucional a una estructura orgánica perfectible, pero totalmente definida en su naturaleza jurídica, objetivo y plazos. La zona de libre comercio del Mercosur - afirmaba Gomes - es solamente una parte del todo. Pero no de un todo escalonado en el tiempo; no una etapa de un proceso, sino un segmento integrativo de un conjunto concebido como un todo *ab initio*. Ver *ob. cit.*, pp. 139-140. En el mismo sentido, cabe señalar que las experiencias integracionistas anteriores de América Latina, incluyendo las más cercanas de ALALC y la ALADI, sirvieron para extraer

países intervinientes, sin ningún tipo de reservas. En las sucesivas reuniones celebradas por el CMC[14] los presidentes de los estados reiteran la firme voluntad política que los animó en el sentido de apuntalar la unión económica y afianzarla en sus objetivos.[15]

Lo cierto es que en los gestores del esquema aparecía con claridad la importancia de la integración como medio para lograr el desarro- llo en el sentido de considerar que se trata de una estrategia política a lar- go plazo, de construir realidades sociopolíticas distintas de las conocidas en el continente americano. De allí que los gobiernos decidieran impulsar su adecuación a la nueva conformación mundial planteándose una alianza que les garantice la supervivencia en el mercado globalizado.[16] Se revitali- za de este modo el proceso de integración sustentado en la voluntad po- lítica de los estados miembros con la plena convicción del rol que adquie- re este fenómeno para viabilizar el crecimiento.[17]

Desde otra perspectiva, asomaba en el horizonte el nuevo orden económico mundial en el cual urgía posicionarse.[18] La implementación de

conclusiones y evitar nuevos errores, o por lo menos, intentarlo. La influencia de la experiencia europea, fue también notoria en la elección del objetivo de fundar un mercado común, y no otra zona de libre comercio. *Conf.* A. Dreyzin de Klor, *ob. cit.* nota, 1, p. 49 y ss.

[14] El CMC es el órgano superior del Mercosur. Su naturaleza, funciones y caracteres, serán expuestos al abordar la estructura institucional prevista para el esquema subregional.

[15] Los comunicados conjuntos emitidos por los altos mandatarios en las Reuniones Cumbres celebradas desde 1991 hasta la fecha, pueden consultarse en http://www.Mercosur.org.uy

[16] A la fecha de la firma del tratado fundacional se evidencia la integración de varias suprarregiones económicas siendo las principales: Europa Occidental, América del Norte - (EE.UU., Canadá y México) y la región del Pacífico (Japón y vecinos con relaciones estrechas con EE.UU., Canadá y Australia). La característica que se observa en la integración de estas zonas, es la de estar basadas en la eficiencia de la "revolución científico técnica" que se produce de la siguiente forma: –con una especialización, cooperación y cierta división de trabajo entre regiones– entrelazamiento de capital, cooperación científico-técnica, desarrollo de una red de ventas, desarrollo de red extranjera de servicios financieros, cooperación en el comercio y el suministro de materias primas. *Conf.* A. Frambes-Buxeda, art. cit. nota 9, p.287.

[17] El TA entró en vigencia el 29/11/1991. Argentina y Brasil, procedieron en forma simultánea a depositar el instrumento de ratificación, ante el gobierno de la República de Paraguay, país designado a tal efecto, el 30/10/91; Paraguay y Uruguay, también cumplieron el requisito de depósito del instrumento en la misma fecha: el 1/8/91.

[18] La determinación del concepto del nuevo orden económico internacional, ha sido uno de los

esta asociación económica se genera como respuesta constructiva a los veloces cambios en el contexto mundial. Tampoco era ajeno a quienes construyeron el esquema que el logro de los objetivos propuestos y el éxito de este emprendimiento regional, se encontraba condicionado por una serie de factores. Entre éstos cobraba especial relevancia el trabajo permanente de los gobiernos y los grupos técnicos no sólo en aras de la implementación de acuerdos establecidos conforme al Tratado que incrementen la productividad, la eficiencia y las ventajas competitivas de la región, sino en la concientización de los pueblos de alcanzar la "cultura comunitaria basada en una voluntad solidaria, orientada a obtener la justicia

grandes desafíos de fines de siglo pasado y comienzos del actual. La posición tomada por los diferentes autores que han trabajado en el tema difiere sustancialmente en cuanto a las prioridades que le asignan cada uno, variando según los objetivos que se hallan tenido en mira. El derecho económico internacional es un sujeto amorfo, y las regulaciones de las relaciones económicas internacionales en la compleja y sofisticada sociedad mundial que nos toca vivir, presenta numerosas dificultades. Referirnos al nuevo orden económico mundial implica un análisis de sus principales características, ya que muestra la existencia de tensiones y situaciones críticas anteriormente desconocidas. No puede desconocerse, por ejemplo, el incremento de las diferencias entre las naciones altamente industrializadas y los países en desarrollo, o que las causas estructurales del subdesarrollo en los países llamados del tercer mundo se han agravado, dentro de un contexto en el cual las situaciones coyunturales son de manejo más difícil en lo económico, lo social y lo político. Los principios y normas existentes en el derecho internacional que pueden relacionarse con el nuevo orden económico internacio- nal, son los referidos a las relaciones económicas entre los estados, a las organizaciones in- ternacionales, a las entidades de Derecho internacional público y a las actividades de las cor- poraciones transnacionales, las cuales están contenidas, *inter alia*, en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolution 35/166,The United Nations General Assembly -UNGA-, 15/12/80). *Conf.* E. Rabinovich, *El Nuevo Orden Económico Internacional*, Buenos Aires, El Cid, 1984, pp 7-15, J. Bhagwati, "The New International Economic Order,The North-South Debate", en: *The M.I.T. Press*, 1977, pp. 1-30, J. Revuelta, "Interpretaciones del concepto nuevo orden económico internacional", en: *Temas de Organización Económica Inter- nacional*, S. González (coord.), Madrid, Mc Graw Hill, 1993, pp.160-173. Por otra parte, la ne- cesidad de identificar intereses comunes entre los estados es particularmente destacada por
H. Arbuet-Vignali, *Claves jurídicas de la integración en los sistemas del Mercosur y la Unión Eu-*

ropea, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2004, pp. 95-105.

solidaria".[19] Todo ello no se contradice –aunque esté literalmente incorporado– con la naturaleza jurídica de un tratado marco que no brinda la posibilidad de establecer, *ab initio*, la normativa esencial correspondiente a los factores relacionados.

No solamente en función de su estructura sino en todos los órdenes, el esquema subregional despertó un justificado interés. La comunidad jurídica se abocó al análisis del mercado en ciernes con la finalidad de actualizar y adecuar, tanto científica como académicamente, los respectivos contenidos y así elaborar las bases sobre las cuales construir la inte- gración regional. El hecho de que los estados se hayan comprometido y el haber establecido un plazo para la conformación del mercado común, (31 de diciembre de 1994[20]) obró con un doble efecto: a la vez que re- percutió de incentivo, constituyó un verdadero desafío cumplir una plani- ficación en la elaboración de los tan mentados instrumentos.

rEal tTado de Asunción: principales lineamientos

Este Acuerdo jurídico surge como un reto a la capacidad de los países que lo suscriben de crear, hacer y competir a la vez que como una alternativa relevante para alcanzar un "desarrollo económico con justicia social". Se trata de un "tratado marco"[21] que al estar ideado como una

[19] Ver B. Kaller de Orchansky, *Cómo lograr fácilmente la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del Mercosur.* ED, Buenos Aires, 26/3/93.

[20] El TA, en el art. 1, Capítulo I: "Propósitos, principios e instrumentos" expresa: "Los Estados Partes deciden constituir un mercado común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (Mercosur).

[21] Calificar el TA como tratado marco, conduce necesariamente a recordar el significado que tiene esta categoría de acuerdo internacional. Se trata de una calificación muy utilizada en la actualidad que no se encuentra fácilmente en el derecho positivo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no hace referencia a este tipo de acuerdos. Una caracterización del concepto de acuerdo o tratado marco, referida expresamente al TA, la brindó J. M. Gamio en la Conferencia dictada en el Simposio "Evaluación del Mercosur" realizado en el Instituto Artigas, del Servicio Exterior de Montevideo. Al desarrollar el tema sobre los aspectos jurídico-institucionales, expuso sobre la naturaleza jurídica del TA, expresando que: "Existe un acuerdo bastante general en el sentido de que el Tratado de Asunción consiste en lo que se conoce como 'tratado marco' es decir, un acuerdo general, muy breve, cuyo desarrollo quedará librado a las resoluciones que dicten sus órganos". Asimismo, S. Abreu Boni-

plataforma de lanzamiento no crea un mercado común, sino que establece el procedimiento para llegar a su constitución. Su desarrollo queda librado a las decisiones que aprueben los órganos constituidos siendo el contenido directrices generales que es necesario concretar por convenios, protocolos específicos o actos jurídicos vinculantes. Se regula un período de transición[22] previendo que una vez concluido cederá espacio a

---

lla, Mercosur *e Integración,* 2ª ed., Montevideo, FCU, 1991, p.47. El autor, bajo el título de tra- tado marco refiere: "El Tratado de Asunción no debe considerarse como un tratado final constitutivo del Mercosur, sino como el instrumento de carácter internacional destinado a hacer posible su concreción. En doctrina, este tipo de acuerdos internacionales se denominan 'acuerdos-marco', pues sólo contienen un conjunto de directivas generales, las que deben ser ulteriormente desarrolladas y concretadas por convenios especiales..." T. Vera/L. Biz- zorero/ M. Vaillant en: *La construcción del Mercosur: Diagnóstico y evaluación de lo acordado*, INTAL, afirman que la característica que define al tratado marco es que "los instrumentos que se indican en el mismo, para alcanzar el objetivo del tratado, deben ser desarrollados en otros convenios y actos jurídicos vinculantes". Por su parte, I. Di Giovan refiere que los tratados marco son de una "fuerza ejecutoria relativa; constituyen conjuntos de principios y enunciados; tienen un valor y alcance más bien programáticos y orientadores", *Derecho internacional económico,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 99; J. Perez Otermin, propone como definición de acuerdos-marco "aquellos acuerdos en los cuales se establecen orientaciones, principios, enunciados programáticos, u objetivos precisos, los cuales las partes se comprometen a lograr mediante acuerdos posteriores utilizando la estructura o siguiendo los mecanismos allí establecidos", *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Montevideo, FCU, 1995, p. 16. G. Magariños señala: "Cuando obvian el detalle, tienen escasas normas obligatorias y sus textos contienen básicamente enunciados pragmáticos, principios genéricos no desarrollados minuciosamente y orientaciones sobre políticas a seguir, se ha ge- neralizado la costumbre de denominarlos "tratados-marco". *Uruguay en el Mercosur*, Monte- video, FCU, 1991. Sobre el TA, su naturaleza jurídica y sus cualidades, véase D.Ventura, *As as- simetrias entre o Mercosul e a União Européia. Os desafios de uma associação inter-regional*, Brasil, Manole, 2003, pp. 7-26.

[22] Esta peculiar característica del TA lo diferencia de las demás experiencias integracionistas conocidas. Si se piensa en la CE, se recordará que se origina con el Tratado de París (1951) dando nacimiento a la CECA, y con los Tratados de Roma (1957) que crean la CEE y la CEEA. Los tres tratados nacen como definitivos, con sus instituciones definidas, lo que no obstaba a realizar posteriormente las modificaciones necesarias, aunque la estructura se mantiene prácticamente desde sus orígenes. Obviamente en la CE, al igual que en el Mercosur, a la fe-

nuevos instrumentos, organismos e instituciones, diseñados sobre la base de las peculiaridades y necesidades de los países vinculados.[23]

La opción efectuada ha dado lugar a las más diversas posiciones. Por una parte se alinean quienes disienten con el criterio interguberna- mental adoptado por entender que importa poner en tela de juicio la sin- cera voluntad política de integrarse. De este argumento se desprende que es inherente a la experiencia, la absoluta confianza de los miembros que se comprometen pues hace a la esencia de la integración. No admi- tirlo suscita una consecuencia muy grave cual es no ceder, ni en un míni- mo, la soberanía. Se trataría entonces de un vicio inicial que permite que el sistema pueda desmoronarse frente a la actitud unilateral de uno de los socios, desobedeciendo una decisión consensuada conjuntamente.[24]

En tanto que desde otra vertiente se advierte que la necesidad de alcanzar cierta madurez requiere observar alguna cautela, esto es, te- ner en cuenta que un primer estadio intergubernamental se compatibili- za con la fase embrionaria del proceso, sobre todo si se repara en que se

cha de los acuerdos no queda constituido el mercado común, sino que se llega a él luego de un largo proceso. Lo mismo puede decirse de la experiencia de la Comunidad Andina, que nace con un texto definitivo; sin embargo, luego del Acuerdo de Cartagena celebrado en 1969, se incorporan nuevos órganos a su estructura primitiva, constituida sólo por la Comi- sión y la Junta. (En 1979, se creó el Parlamento Andino y el Tribunal de Justicia). Empero, ello no significa que el Tratado constitutivo, cree sus instituciones con carácter transitorio. En el mismo sentido podríamos referirnos a la ALALC, a la ALADI, al MCCA, al CARICOM, o al NAFTA. Tratando de buscar una justificación al carácter de tratado marco que reviste el Acuerdo de Asunción, se afirma que el fracaso de numerosas experiencias de integración, se debe a la rigidez de los instrumentos generadores y al hecho de adelantarse a los tiempos de entrada, en vez de ir creando las instituciones, respetando las necesidades que se obser- van en las diversas etapas. Así se pronunciaron el Embajador argentino del Mercosur, Herre- ra Vegas y el Licenciado Mayoral, Secretario de Relaciones Económicas del Mercosur, en las conferencias celebradas en el marco de la actividad organizada por la International Law As- sociation, en el Colegio de Abogados de la Capital Federal, el 14/6/95.

[23] Señala J. Pérez Otermín que la intención de los negociadores fue respetar la "transitoriedad, ausencia de obligatoriedad, no cesión de soberanía, etc..." pues no se podía reconocer cla- ramente, las particularidades que sustentarán aspectos definitivos. *Op. cit.* nota 21, pp.13-14.

[24] En esta línea, A. Dreyzin de Klor, *ob.cit.* nota 1, pp. 175-176, R. Ruiz Díaz Labrano, Mercosur,

Integración y Derecho, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 483-493.

desarrolla en un contexto geográfico en el que están todavía presentes los fracasados intentos de integración económica que hubo en la región.[25]

El espíritu que impregna el Tratado queda al descubierto con solo introducirnos en algunos matices que suponen: A. la identificación de intereses comunes, B. los mecanismos para lograr sus objetivos, y C. una es- tructura institucional con caracteres propios, distintos de los que detentan cada EP.

La identificación de intereses comunes

El interés común es un concepto amplio y general, una especie de matriz que comprende la esencia de lo que constituyen las necesida- des intrínsecas de un proceso de integración[26].

La identificación de intereses comunes se refleja en el plexo de valores que los EP han determinado como tales para todos los participan- tes del proceso. Esta identificación axiológica revela un factor determinan- te final que tiene que servir de guía a los creadores de decisiones del Mercosur. Por tanto, debe funcionar como una idea orientadora a la cual sus miembros estén dispuestos a *subordinar* sus intereses nacionales y su propia jerarquía de valores.

¿Cuáles son los elementos que definen el interés común? A nuestro criterio pueden considerarse como tales, el desenvolvimiento de un espacio latinoamericano económico; la búsqueda de una adecuada inserción y una mayor autonomía decisoria en el marco del actual orden internacio- nal; lograr un desarrollo con justicia social, y promover un crecimiento ar- mónico y equilibrado de los EP.

Los objetivos comunes

El interés común requiere ser transformado en objetivos, en metas concretas que operen teleológicamente. Estos objetivos son conocidos: el Mercosur trasunta en la creación de un espacio común de libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. A estos efectos,

---

[25] *Confr.* R. Alonso García, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, Mc. Graw Hill, 1997, p. 141. En sentido similar: P. de Almeida,"Mercosul: situação atual, cenários previsíveis, desenvolvimentos prováveis", en: *ILA Conference*, São Paulo, 1999.

[26] Ilustra muy claramente el tema H. Arbuet-Vignali, *op. cit.* nota 18, pp. 93-105.

fundamentalmente apunta a la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias que restrinjan la circulación de mercaderías; al establecimiento de un arancel externo común y de una política comercial común con terceros estados o comunidades de estados y a la coordinación de posiciones económico-comerciales en foros regionales e internacionales.[27]

Los objetivos mencionados aseguran condiciones adecuadas de competencia entre los EP y como consecuencia, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales en las áreas de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

En la misma línea de ideas, estos países se comprometen a asegurar condiciones equitativas de comercio en sus relaciones con terceras naciones y con tal propósito, aplicar sus legislaciones internas a fin de inhibir importaciones cuyos precios estén influidos por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal.[28] Con esa mira los EP están compelidos a coordinar sus políticas nacionales a efectos de elaborar normas comu- nes sobre competencia comercial.[29]

Recordemos que entre los países involucrados no existían ni con carácter bilateral ni multilateralmente, acuerdos que hubieran alcanzado un grado de integración superior a una zona preferencial, por lo que se parte del grado menor de integración debiendo transitar por la zona de libre comercio y la unión aduanera, para llegar al mercado común.[30]

---

[27] *Vid.* V. G. Arnaud, *Unión Europea, NAFTA y los Procesos de Integración Regional*.B2uªeneods., Aires, Abeledo Perrot, 1999; R. X. Basaldúa, *Mercosur y Derecho de la integración*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

[28] A efectos de profundizar sobre el tema puede consultarse J. Álvarez Avendaño/C. Lizana An- guita, *Dumping y Competencia Desleal Internacional,* Santiago, Jurídica de Chile, 1995, W. Barral, "Medidas antidumping", en: *O Brasil e a OMC – Os interesses brasileiros e as futuras negociaçö- es multilaterais,* Florianópolis, SC, Diploma Legal, 2000, pp. 391-406.

[29] Así lo dispone el art. 4 del TA.

[30] *Vid*. J. Pérez Otermín, *op. cit.* nota 21, p. 13.

Una estructura institucional con caracteres propios

Para concretar los objetivos del Mercosur hace falta contar con un marco institucional, estructuras y competencias con técnicas de gestión y prácticas autónomas. Sea en el período de transición, como en la etapa de convergencia hacia el arancel externo común, se viene trabajando al respecto, aun cuando no puede afirmarse todavía que se haya conforma- do una estructura con los caracteres aspirados.

En efecto, la estructura diseñada para el período de transición –tal como surge del documento fundacional– está basada en órganos de administración y ejecución en principio previstos únicamente para ese período,[31] y así queda refrendado en el art. 18 del TA, al estipular el compromiso de los estados de convocar a una reunión extraordinaria con el propósito de determinar la estructura institucional definitiva, las atribuciones específicas de cada uno de los órganos y el sistema de adopción de deci- siones.

En cumplimiento de lo dispuesto, en la IX Reunión del GMC[32] se resolvió crear un grupo *Adhoc*:"Aspectos Institucionales", encomendándole como principal cometido el estudio de los temas incluidos en el referido art. 18[33].

Durante la etapa transitoria, la regulación normativa emanada de los órganos del Mercosur discurrió por los carriles propios de las relacio- nes internacionales respetándose la independencia y soberanía de cada estado. Sin embargo, la índole y envergadura de los objetivos propuestos imponían superar la etapa de la mera cooperación internacional para in- gresar en la siguiente, esto es, la instancia de la integración. En este orden de ideas cabe reafirmar lo dicho al iniciar este punto; la estructura institu- cional adoptada no es propia de un sistema de integración sino que se co- rresponde con una organización intergubernamental de tipo tradicional.

---

[31] TA, art. 9.

[32] Se trata del órgano ejecutivo del Mercosur que será analizado al abordar la estructura ins- titucional en particular. La reunión aludida fue celebrada en Asunción los días 21 y 22 de abril de 1993.

[33] La norma textualmente reza: "Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones".

Los órganos decisorios continúan siendo típicamente intergubernamentales, sus integrantes son acreditados por los gobiernos y consecuentemente actúan y votan conforme a las instrucciones recibidas de los mismos.

Desde otra óptica, repárese en que la estructura orgánica del esquema subregional diseñada por el TA es pequeña en cuanto a los órganos que la conforman pues se pretendió que fuera dinámica en su funcionamiento. Su particular característica radica en que, a diferencia de otros mecanismos de integración conocidos, nace en su contenido estructural –como se adelantara– con carácter transitorio.

Para el primer período[34] se contempló una organización provisional integrada por dos órganos políticos con poder decisorio: el CMC y el GMC y un tercer órgano sin capacidad decisoria a crearse en el futuro: la CPC. Como órgano auxiliar se prevé una Secretaría Administrativa cuya función sería actuar como auxiliar del GMC. Asimismo, en uno de los ane- xos del Tratado se incluyen los Subgrupos de Trabajo del GMC en un nú- mero de diez.

Esta estructura sufre modificaciones, aunque no sustanciales, por lo dispuesto en el POP y también, mediante diversas decisiones aprobadas por el CMC. Sin embargo, en este segundo supuesto tampoco son profundos los cambios. La excepción es lo sucedido con la Secretaría del Mercosur, que bien puede tildarse como un ejemplo de cambio y asimismo, es relevante la aprobación del acuerdo interinstitucional signado entre el CMC y la CPC, que si bien no constituye una modificación orgánica, al vincularse con la toma de decisiones y sus efectos, cobra meridiana significación en el organigrama Mercosureño.

El POP sobre estructura institucional

Este instrumento jurídico signado en el devenir del Mercosur[35] reviste, indudablemente, profunda relevancia de cara al análisis de la estructura orgánica del proceso, aun cuando, como adelantamos, no se avanza hacia la supranacionalidad, sino se establece expresamente que el

---

[34] Además de surgir del art. 18, la transitoriedad está receptada en los arts. 3 y 14 del TA, y el numeral 3 del Anexo III.

[35] Aprobado el 17/12/94. En vigor desde el 15/12/95.

modelo es intergubernamental, al determinar que sus órganos revisten esta calidad[36].

El encuentro de los presidentes llevado a cabo en la antigua ciudad brasileña es catalogado de vital trascendencia para el proceso de integración regional, pues en su transcurso se aprueban también importantes instrumentos tendientes a poner en marcha una unión aduanera entre los estados a partir del 1° de enero de 1995.

Fruto de la labor desarrollada por el grupo *Adhoc* sobre aspectos institucionales que celebró cinco reuniones de trabajo y una reunión preparatoria conocida como "Conferencia Diplomática sobre Aspectos Institucionales del Mercosur"[37], se aprueba el proyecto del Protocolo que en la VII Reunión del CMC es suscripto por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Presidentes de los EP. Se llega así a la firma del "Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur", denominado "Protocolo de Ouro Preto".[38]

Este documento es un fiel reflejo de la voluntad de continuar con el objetivo establecido por el TA en orden a conformar un mercado común[39]. No obstante no haberse concretado la asociación económica según el modelo inicialmente pactado, se decidió avanzar por la misma línea basando el accionar en los principios de flexibilidad y gradualidad. No puede dejar de señalarse que los logros alcanzados en Mercosur eran entonces, muy superiores a los obtenidos en anteriores experiencias zonales. Asociaciones de este tipo pueden ser concebidas en función de un modelo predeterminado, sin embargo no funcionan desde un principio de ese modo, sino que deben previamente transitar por los grados previos de integración[40].

---

36 *Vid*,. aPrOt.P2.

37 Se llevó a cabo en Brasilia entre el 5 y 7 de diciembre de 1994.

38 De conformidad a su art. 52.

39 Tanto en el Preámbulo del POP como a lo largo de su articulado se lee, expresamente en algunos casos o se deduce en otros, que la idea es establecer un mercado común. Así, por ejemplo, dice el Preámbulo que se reafirman los principios y objetivos del TA, se destaca la "importancia de los avances alcanzados", "...la implementación de la unión aduanera como etapa para la construcción de un mercado común". Si acudimos a sus normas, en el art.3°, art. 8° inc. II y 14 inc. IV, también se contempla dicha finalidad.

40 A efectos de avalar estas afirmaciones resulta ilustrativa la lectura del Comunicado Conjunto

Naturaleza jurídica del Protocolo de Ouro Preto

El POP dista en mucho de ser un texto definitivo sobre la estructura institucional del Mercosur, no sólo por lo dispuesto a lo largo de su normativa, sino porque al continuar con el sistema intergubernamental, desde el punto de vista institucional resulta a todas luces incompatible con el desenvolvimiento y avance del proceso de integración. Quienes participaron en su redacción argumentan en defensa del criterio adoptado, la necesidad de potencializar la dinámica propia del Mercosur. Establecer órganos definitivos –sostuvieron– es poner vallas que impiden ir acompasando las instituciones a las instancias por los cuales discurría el proceso.[41]

A nuestro entender, uno de los mayores errores en que se incurrió es precisamente, la falta de firmeza en la toma de una decisión tan importante cual es definir la estructura institucional del Mercosur. Hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en este sentido y aun sin descono- cer las profundas diferencias existentes entre Mercosur y la Unión Euro- pea, es dable recurrir al esquema paradigmático de la actualidad para ejemplificar cómo pueden establecerse órganos rectores con carácter permanente en los tratados fundacionales.

Otra experiencia interesante en orden a demostrar que se pue- de determinar *ab initio* la estructura orgánica de la asociación sin que ello obre en desmedro de la misma, la proporciona el NAFTA o TLCAN.[42]

Aunque pequemos de reiterativos, más adelante volveremos sobre el particular, pues uno de los postulados que sostenemos con mayor

emitido por los presidentes en tanto reitera la "convicción que la integración contribuye a promover el desarrollo y la justicia social y a desterrar el atraso económico" a la vez que se consolidan los procesos democráticos de las naciones integradas. En tal sentido, el comunicado no sólo destaca los hechos que conducen a lograr un significativo avance para la puesta en marcha de una unión aduanera y sentar, de este modo, las bases del mercado común, si- no también la vocación de los cuatro países de asumir los desafíos del proceso de integra- ción enfrentando decididamente las realidades cambiantes de la economía regional y global.

41 Así se pronunciaron el Embajador del Mercosur Dr. J. Herrera Vegas y el Lic. A. Mayoral en las disertaciones pronunciadas en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, organizadas por la ILA, 1995.

42 El Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio celebrado entre EEUU, Canadá y México

(TLC -para México- y NAFTA- North America Free Trade Agreement- para EE.UU.), com-

vigor para el afianzamiento del Mercosur es reemplazar o complementar, según el caso, los órganos intergubernamentales que están hoy comandando el proceso por órganos con competencia legislativa y jurisdiccional asumida en virtud de la delegación parcial de soberanía que deben efec-

prende los arts. 2001 a 2022 y los anexos 2001.2, 2002.2 y 2004. El articulado está distribuido en tres secciones; la sección A, se ocupa de las instituciones, la sección B, de la solución de controversias y la sección C, de los procedimientos internos y la solución de controversias comerciales privadas. Nos interesa en este punto, lo atinente a la sección A, sobre las instituciones. Se prevé la conformación de dos instituciones: la Comisión de Libre Comercio y el Secretariado. La primera está integrada por representantes de cada parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes éstos designen. Las funciones de la Comisión con respecto al tratado son las de: a) supervisar su puesta en práctica; b) vigilar su desarrollo; c) resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación; d) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al tratado, incluídos en el anexo 2001.2; y e) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del tratado. La Comisión tiene facultades para: a) establecer y delegar responsabilidades en comités *adhoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos; b) solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y c) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según lo puedan acordar las partes. Asimismo, la Comisión debe establecer sus propias reglas de procedimiento y, salvo que la misma Comisión disponga otra cosa, tomará sus resoluciones por consenso. La Comisión debe reunirse cuando menos una vez al año. En cuanto al Secretariado, éste debe ser establecido por la Comisión y estar integrado por secciones nacionales. La Comisión supervisa al Secretariado. Es obligación de las partes establecer la oficina permanente de su sección del Secretariado así como encargarse de la operación y costos de su sección y la remuneración y los gastos que deban pagarse a los panelistas y miembros de los comités, miembros de los comités de revisión científica; también deben designar al Secretario de su sección y notificar a las partes el domicilio de la oficina de su sección. La función del secretariado consiste en proporcionar asistencia a la Comisión así como brindar apoyo adminis- trativo a los paneles y comités instituidos conforme al capítulo XIX, así como a los paneles creados de conformidad con el capítulo XX. Por instrucciones de la Comisión, el Secretaria- do debe, además, apoyar la labor de los demás comités y grupos establecidos conforme al tratado y, en general, facilitar el funcionamiento del Tratado. Para profundizar sobre el TLC, puede verse: L.Ortiz Ahif/F.Vázquez Pando, *Aspectos Jurídicos del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte*, México, D.F, Themis, 1994; L. Pazos, *Libre Comercio: México-E.U.A. Mitos y Hechos*.,FM, Déxiaincoa,, 1D993.

tuar los EP. Es el único medio que hallará el bloque para desarrollar sus propósitos de manera efectiva.

En otro orden de ideas, mas siguiendo con el análisis de su naturaleza jurídica, digamos que el POP, nace como parte integrante del TA. Entre los temas que merecieron especial tratamiento en el debate que tuvo lugar durante los encuentros preparatorios de la reunión de Ouro Preto se planteó la posibilidad de derogar el tratado originario, sustituyén- dolo por un nuevo convenio. Finalmente, se consideró que resultaría más práctico mantener su vigencia, aunque se dividieron las opiniones entre quienes sostenían que era beneficioso actualizar su articulado y quienes consideraban la conveniencia de dejarlo tal como estaba y elaborar un nuevo texto en el cual incluir una cláusula derogatoria general de todas las normas que se le opusieran, coexistiendo en el futuro ambos cuerpos normativos. Como demuestran los hechos, la posición que prevaleció fue la enunciada en segundo término en la convicción de que el TA –como instrumento fundacional de la asociación subregional– representaba un símbolo en el proceso de integración.[43]

Cabe señalar asimismo, la versatilidad que se desprende del Protocolo en virtud de la disposición del Capítulo IX –Revisión– que faculta a los EP "cuando lo juzguen oportuno" a convocar una conferencia diplomática que revise la estructura institucional que el Protocolo establece, amén de las atribuciones específicas de cada uno de los órganos de la zona integrada. Estimamos que la norma es innecesaria y redundante pues sabido es que un tratado posterior puede derogar a otro anterior en cualquier momento.[44]

Personalidad jurídica del Mercosur

Entre los capítulos del POP que se destacan por los contundentes efectos que producen sus normas es digno de mencionar el segundo en tanto sus disposiciones están dedicadas a determinar la calidad del

[43] *Confr.* actas y documentos de las reuniones preparatorias del POP. Asimismo, J. Pérez Oter- mín, *op. cit*, nota 21, p. 71. POP, art. 53: "Quedan derogadas todas las disposiciones del Trata- do de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del pre- sente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición".

[44] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 30, inc.3°.

Mercosur como órgano con personalidad jurídica. En este carácter queda facultado para "practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias".[45] El Mercosur puede celebrar acuerdos de sede.

Reconocer personalidad jurídica de derecho internacional a la organización significa distinguirla de sus miembros. El Mercosur dispone de personalidad aunque no la tengan sus órganos. Esta asociación creada por los estados es persona jurídica de derecho público y ello la autoriza a disponer de un patrimonio, de órganos diferentes y a obligarse como organización independiente.

Los órganos del Mercosur: del Tratado de Asunción a la actualidad

Ya hemos adelantado la estructura orgánica diseñada para una primera etapa, receptada en el TA así como también, que desde los inicios del Mercosur hasta la hora actual se vienen produciendo cambios estructurales. Empero, consideramos útil brindar una visión que permita conocer cómo nacen los órganos principales en orden a su composición y funciones y cuáles son los pasos que se han dado a efectos de producir las modificaciones mencionadas. De esta suerte se estará en condiciones de asumir posición respecto a un tema que es nuclear en el bloque y en torno al cual se han generado innumerables debates fijándose las más diversas posturas.

El organigrama inicial fue mantenido y ampliado por el POP res- petando así el criterio sustentado en las reuniones preparatorias del nue- vo instrumento por los órganos decisorios. En consecuencia, el art. 1° del Capítulo I –Estructura del Mercosur– enumera los siguientes órganos:

a) El Consejo Mercado Común;
b) El Grupo Mercado Común;
c) La Comisión de Comercio del Mercosur;
d) La Comisión Parlamentaria Conjunta;

45 *Vid*,. aPrOt.P35.

e) El Foro Consultivo Económico-Social; y
f) La Secretaría Administrativa del Mercosur.

Se mantienen –como puede observarse– el CMC, el GMC, la CPC y la SAM,[46] si bien el nuevo Protocolo profundiza la caracterización de cada uno de ellos asignándoles especiales funciones,[47] y por otra par- te, se suman a los órganos mencionados la CCM y el FCES aunque de he- cho la CCM fue creada con antelación a este instrumento, por Decisión N° 9/94 del CMC.

El parágrafo único, incluido en la última parte de la norma, estable- ce la facultad de crear órganos auxiliares que coadyuven al logro de los objetivos del Mercosur.

En función de lo dispuesto por ambos documentos fundaciona- les la estructura institucional puede clasificarse de acuerdo a diferentes aristas. Por una parte, en función de su consideración, contamos con: a) órganos principales –son los expresamente enumerados– en segundo término: b) órganos dependientes, de segunda línea o instrumentales, que tienen funciones específicas, algunos previstos por el TA y otros creados a través de las decisiones que merecieran aprobación en las diferentes reu- niones del CMC y c) órganos auxiliares aquellos pasibles de ser creados según el parágrafo único del POP. En tanto que atendiendo a su calidad: a) con capacidad decisoria: CMC, GMC y CCM; b) con capacidad consul- tiva: CPC y FCES; y c) con capacidad técnica: la SAM.

La doctrina se pronunció en numerosas oportunidades, al igual que distintos sectores sociales –operadores económicos, políticos y jurídi- cos de los EP– en el sentido de dotar a la asociación regional de órganos con competencia legisferante y jurisdiccional supranacional; órganos esta- bles e independientes, generadores los primeros, de normas de aplicación

[46] Entre los acuerdos firmados en la Reunión Cumbre celebrada en Fortaleza en diciembre de 1996, fue suscripto el que legaliza la SAM en Montevideo, Uruguay. A este órgano se atribu- ye la responsabilidad de prestación de apoyo operacional y de servicios a los demás organis- mos del Mercosur. La DEC. N° 4/96 se dicta a los efectos de dar cumplimiento a los arts. 31 y 36 del POP.

[47] Las secciones I, II, III, IV,V y VI del Cap. I, se ocupan de cada uno de los órganos mencionados en el art. 1° (en el orden enumerado), determinando la calidad, las funciones y las atribucio- nes de cada uno.

directa e inmediata, y una corte o tribunal de justicia del Mercosur con la atribución de interpretar de manera uniforme el derecho, lo que redundaría indudablemente, en favor de la seguridad jurídica necesaria al esquema.

Los cambios más trascendentes se producen años después de la aprobación del POP y aunque significativos, no responden a la magnitud de lo solicitado. El TPR no es una corte permanente si bien puede considerarse el germen de un órgano jurisdiccional independiente.

Desde la perspectiva legislativa, también hubo avances aunque con resultados tenues, como se apreciará al abordar el accionar de la CPC a lo largo del proceso.

El organigrama actual del bloque responde en gran parte, a lo dispuesto en la Decisión N° 59/00 por la que se determina la reestructuración de los órganos dependientes del GMC y de la CCM. Esta disposición fue complementada por otras referidas al fortalecimiento institucional.[48] Sin embargo, recordemos que independientemente de los órganos enunciados en el POP y los dependientes del GMC y de la CCM, funcionan otros; el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), la Comisión de Representantes Permanentes de Mercosur (CRPM) y las Reuniones de Ministros (RM) son un ejemplo.

a) El Consejo Mercado Común

El CMC nace como órgano superior del bloque; le corresponde la conducción política y la toma de decisiones que aseguren el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del esquema. Se integra por los ministros de relaciones exteriores y de economía de los EP, quienes se reúnen las veces que lo estimen conveniente, previéndose desde el TA la participación de los presidentes de los respectivos países una vez por semestre, entendiéndose así que se otorga al proceso un impulso político al más alto nivel.También se posibilita al CMC sesionar con la presencia de otros ministerios o autoridades de nivel ministerial.Va de suyo, que en función del modelo, quienes lo integran, lo hacen en representación de sus gobiernos.

Este órgano se pronuncia mediante decisiones tomadas por con- senso que se enumeran de manera correlativa, especificando el año en que han sido dictadas. En el TA no está determinado que deba precisarse

[48] *Vid*. entre otras, Mercosur/CMC/DECS. N° 01/02; 16/02 y 30/02.

el grado de obligatoriedad que tendrán estas normas para los EP, efecto que está en cambio, contemplado en el POP.

Si bien no se designó en el TA una sede fija para las reuniones del CMC, se instaló la costumbre de que se reúna en el país que detenta la presidencia. Su competencia no se especifica de forma precisa; de modo genérico le corresponden todas las medidas necesarias para llevar a cabo el objeto previsto en el Acuerdo. Esta indeterminación se corresponde con la calidad de tratado marco del documento originario y no ha estado exenta de dificultades las cuales fueron salvadas, en alguna medida, en el POP y decisiones posteriores.

Es en 1998 cuando se aprueba el reglamento interno del CMC, por el cual se determina su integración, funcionamiento, y las atribuciones y funciones que le competen,[49] completándose esta normativa con otras reglas, como la que establece la posibilidad del Consejo de formular reco- mendaciones cuyo objeto es establecer orientaciones generales, planes de acción o incentivar iniciativas que contribuyan al proceso.[50]

Dentro de su estructura corresponde ubicar los siguientes órganos: a) el FCCP; b) la CRPM y c) las RM. Durante 2004, se aprobó también la creación de Grupos de Alto Nivel (GAN), dando cauce así al Grupo *adhoc* Acuífero Guaraní[51]; al conformado para examinar la consistencia de la estructura del AEC[52] y al Programa de Foros de Competitividad de Cadenas Productivas del Mercosur.

• *El Foro de Consulta y Concertación Política:*

Este órgano es creado a los efectos de coordinar y sistematizar las acciones de los actores del proceso teniendo en cuenta la importan- cia adquirida por la dimensión política. Surge en 1998[53], aunque sus ante- cedentes se remontan a la Declaración Presidencial sobre el Diálogo Po- lítico entre los EP y a la Declaración Presidencial sobre Consulta y Concertación Política, también entre estos países[54].

---

[49] Mercosur/CMC/DEC. N° 02/98

[50] Mercosur/CMC/DEC. N° 19/02

[51] Mercosur/CMC/DEC. N° 25/04

[52] Mercosur/CMC/DEC. N° 05/04

[53] Mediante Mercosur/CMC/DEC N° 18/98

[54] Nos referimos a las emitidas en la X Reunión del CMC –celebrada en San Luis, Argentina, el 25/6/96– y en la XII Reunión del CMC llevada a cabo en Asunción, 19/6/97, respectivamente.

En los considerandos de la normativa que le da origen, se destaca la importancia asignada a este Foro en orden a la contribución que prestará para consolidar y expandir esa creciente arista política, a la vez que como ámbito idóneo para profundizar el diálogo entre los EP y los países asociados en temas de política externa y en relación con la agenda política común. Órgano auxiliar del CMC, se integra por altos funcionarios de las cancillerías de los EP y de los EA.

Varios años transcurren entre la creación del FCCP y la aproba- ción de su Reglamento interno, hecho que no sorprende si se repara en la situación Mercosureña a fines de los años noventa e inicios de la nueva década[55].

A la hora de diseñar el Programa para el 2004-2006, el CMC suscribe la necesidad de proceder al fortalecimiento de este Foro, para adaptarlo a las necesidades reflejadas por la agenda política que hace imprescindible un seguimiento más estricto del proceso de negociación, aprobación e incorporación de las normas sobre el Mercosur ciudadano, esto es, la integración educativa, social y cultural.[56] Coordina reuniones especializadas tales como: autoridades de aplicación en materia de drogas, prevención de su uso indebido y rehabilitación; sobre la mujer; y sobre municipios e intendencias del Mercosur.

• *Comisión de Representantes Permanentes:*

La CRPM, creada como órgano dependiente del CMC, funciona con el carácter asignado en su denominación, o sea que es efectivamente un órgano estable cuya sede está en Montevideo. Se integra por representantes de los EP que se desempeñan su vez como embajadores de estos países ante ALADI, y cuenta con un presidente elegido por el órgano superior del bloque[57]. La función principal que viene desarrollando desde su nacimiento –en el año 2003– es la de representar al Mercosur en las relaciones con terceros países, grupos de países y organismos internacio-

[55] En efecto, es en la XXV Reunión del CMC celebrada en Montevideo el 15/12/2003, que se aprueba la DEC. N° 23/03 sobre el Reglamento del FCCP aunque con anterioridad se apro- baron normas sobre coordinación entre el GMC y este organismo.

[56] Programa de Trabajo 2004- 2006, 2.4.

[57] Debe tratarse de una personalidad destacada, de nacionalidad de uno de los EP, designada por el CMC a propuesta de los Presidentes de los EP. Ejerce sus funciones por un período

nales. Además de esta atribución, entre sus competencias figuran: asistir al CMC en las actividades que éste le requiera, así como elevarle iniciativas sobre materias relativas al proceso, a las negociaciones externas y a la conformación del Mercado Común. Asimismo, debe trabajar para el afianzamiento de las relaciones económicas, sociales y parlamentarias en el esquema subregional, mediante el establecimiento de vínculos con la CPC y el FCES[58] y se le requiere la presentación de un informe semestral acerca de las actividades que desarrolla, informe que debe presentar ante el CMC.

Las diferentes necesidades advertidas desde su creación, dieron lugar a que se plasmen normativamente cuestiones referidas a su funcionamiento,[59] presupuesto, y a la cooperación técnica con otros órganos que integran la estructura institucional del bloque.

- *Reunión de Ministros:*

A los fines del afianzamiento del bloque subregional, desde los inicios del esquema se consideró conveniente el tratamiento de determinados temas a nivel ministerial o por funcionarios de jerarquía equivalente, motivo que dio lugar a crear estas Reuniones por áreas. De esta suerte, prácticamente a comienzos del Mercosur se aprobó la inclusión en la estructura institucional de varios de estos foros ministeriales como órganos dependientes del CMC, cuyo número fue incrementándose en la me- dida de las necesidades reflejadas por el proceso. Esta decisión evidencia que desde entonces, la agenda de trabajo no se limitó a los asuntos eco- nómicos sino que se hizo extensiva a planos como el de la educación y la cultura, indicando la amplitud temática del proceso.

Las reuniones de ministros pueden ser complementarias o inde- pendientes de las reuniones del GMC. Sin embargo, este organismo co- ordina y participa de las reuniones de los ministros de Economía y presi-

---

de dos años pudiendo extenderse por un año más. Entre sus atribuciones figuran: presidir los trabajos de esta Comisión; representar al bloque en las relaciones con terceros estados, grupos de estados y organismos internacionales por mandato del CMC, participar en el carácter que reviste en las reuniones del CMC y en las RM, coordinar el GAN sobre Convergencia estructural y financiamiento del proceso de integración.

58 Mercosur/CMC/DEC. N° 11/03, art. 4.

59 Por ejemplo, Mercosur/CMC/DEC. N° 03/04.

dentes de Bancos Centrales. En la VIII Reunión del CMC celebrada en Asunción los días 4 y 5 de agosto de 1995, se reafirmó mediante la Dec. N° 1/95, la necesidad de mantener en el ámbito de la estructura orgánica las reuniones de ministros conformadas a ese momento. La Decisión se fundamenta en la conveniencia que reviste para el avance del proceso, el tratamiento de determinados temas al más alto nivel. Asimismo, se resalta que deben desarrollarse en función de los propósitos, principios y modalidades institucionales previstas en el TA y sus protocolos adicionales. Las primeras Reuniones institucionalizadas fueron: Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales; Ministros de Educación; Ministros de Justicia; Ministros de Trabajo y Ministros de Agricultura[60]. Se crean luego la Reunión de Ministros del Interior, de Industria; de Cultura, de Salud, de Turismo, de Energía, de Desarrollo Social, y de Medio Ambiente. Actualmente algunas de estas Reuniones son coordinadas por el FCCP.[61]

b) El Grupo Mercado Común

El GMC es el órgano ejecutivo del Mercosur, que coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores e integrado asimismo por miem- bros de los Ministerios de Economía y Bancos Centrales, tiene amplias fa- cultades de iniciativa.[62] Convertido en el motor de la integración subregio- nal, son entre otras, sus funciones más importantes:

• velar por el cumplimiento del Tratado y acuerdos signados;

• tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo;

• proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del programa de liberación comercial, a la coordinación de políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos frente a terceros;

• fijar programas de trabajo que aseguren el avance hacia la constitución del mercado común.[63]

[60] Al respecto, ver las siguientes normas: Mercosur/CMC/DEC. N° 5/91 y 1/95.

[61] Así, las Reuniones Ministeriales en las áreas de Cultura, Educación, Interior, Justicia y Desarrollo Social.

[62] Se compone por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, siendo designados por los respectivos gobiernos.

[63] Arts. 13 y 14.

Entre sus facultades se establece la posibilidad de constituir los SGT que fueren necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, aunque también modificar o suprimir órganos. Al elaborar y proponer medidas concretas para el desarrollo de sus actividades podrá convocar, cuando lo estime pertinente, a representantes de otros organismos de la administración pública y del sector privado.

Mediante Res. Nº1/91, el GMC elevó a consideración del CMC su reglamento interno, el cual fue aprobado por Decisión Nº 4/91. Este instrumento establece detalladamente las atribuciones y las responsabilidades del Grupo en el ejercicio de sus funciones. Se incluye también la forma de realizar sus sesiones ordinarias y extraordinarias, el modo de expresar su voluntad normativa (mediante Resoluciones que serán adoptadas por consenso con la presencia de todos los Estados miembros) y su responsabilidad en elaborar la agenda de reuniones del CMC de las cua- les participa, debiendo velar por el cumplimiento de las decisiones adop- tadas. EL GMC es encargado de coordinar las reuniones de ministros y de presidentes de bancos centrales en las que está presente y puede convo- car, de considerarlo necesario, reuniones especializadas *adhoc*.

• *La Sección Nacional del GMC:*

Las Secciones Nacionales se conforman con los miembros titula- res y alternos de cada EP que integra el GMC. Estas Secciones surgen co- mo una necesidad fáctica, inmediatamente de iniciado el proceso, aunque revisten categoría jurídica a partir de la entrada en vigencia del Reglamen- to Interno del GMC.[64]

Las atribuciones son determinadas por el CMC. En la primera etapa le competía recibir los reclamos efectuados por particulares que se consideraban afectados frente a la aplicación por cualquiera de los EP, de medidas legales o administrativas que resulten restrictivas o discriminatorias. La Sección Nacional del Estado donde el particular tuviera su residencia habitual o la sede de sus negocios era la encargada de recibir el reclamo. Esta atribución fue morigerada con la participación activa de la CCM en este rol y luego con la ratificación del Protocolo de Olivos so-

[64] El Reglamento Interno del GMC en su art. 2° establece: "Los miembros titulares y alternos de cada Estado Parte, constituirán, para todos los efectos, la respectiva Sección Nacional del Grupo Mercado Común".

bre solución de controversias, su participación se torna facultativa siempre que se cumplan las condiciones establecidas al efecto, al igual que la facultad detentada de acoger las quejas efectuadas por cualquier industria que tenga su sede en alguno de los países miembros frente a importaciones que provocaran dumping, o ante subsidios efectuados por otro EP.

- *Órganos dependientes del GMC:*

El GMC cuenta con órganos dependientes y auxiliares; así integran la estructura, los Subgrupos de Trabajo[65] que en la actualidad son los siguientes: SGT N° 1: Comunicaciones; SGT N° 2: Aspectos Institucionales[66]; SGT N° 3: Reglamentos Técnicos y Evaluación de la Conformidad; SGT N° 4: Asuntos Financieros; SGT N° 5: Transporte; SGT N° 6: Medio Ambiente; SGT N° 7: Industria; SGT N° 8: Agricultura; SGT N° 9: Minería y Energía; SGT N° 10: Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social; SGT N° 11 Salud; SGT N° 12: Inversiones; SGT N° 13: Comercio Electrónico;

[65] Al entenderse que la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales harían necesario crear subgrupos de trabajo, se estableció en el Anexo V del Tratado fundacional que dentro de los treinta días de su instalación, el GMC debía conformar los diez grupos que en él se enumeran. Con posterioridad, en uso de sus facultades, el GMC efectuó una serie de cambios. El organigrama actual muestra la existencia de catorce SGT. Están facultados a solicitar la constitución de comisiones o grupos de expertos, en algunos casos *adhoc*, a los que se les asignan específicas esferas de acción. La atribución reconocida a los SGT se funda en que los objetivos establecidos en los cronogramas o agendas fijadas en reuniones, se cumplirían y también, en la consideración de que es una medida coadyuvante al mejor desempeño de las funciones que deben ejercer. Dicha prerrogativa se les reconoce por el Reglamento del órgano ejecutivo de la asociación.

[66] Este SGT nos interesa particularmente en este trabajo por lo que en orden a sus antecedentes se constata que se creó por Res. N° 7/93 con el principal cometido de estudiar los temas incluidos en el art. 18 del TA. En función de la labor a realizar en su marco, la delegación argentina presentó un documento en la reunión de Asunción -20/4/93 - intitulado "Aspectos Institucionales-Reflexiones preliminares". En él proponía iniciar una serie de reflexiones a los efectos de ordenar las sucesivas acciones destinadas al desarrollo institucional del Mercado Común. Entre los puntos relevantes del instrumento interesan especialmente, los siguientes: "Al terminar la transición el 31 de diciembre de 1994, convendría establecer las vías institucionales que consoliden e impidan eventuales retrocesos en los compromisos

asumidos hasta esa fecha”. En el documento se destaca asimismo, que los antecedentes que existen en

SGT N° 14: Seguimiento de la Coyuntura Económica y Comercial. También las comisiones constituidas para trabajar en estos subgrupos[67]; las Reuniones Especializadas creadas a su amparo[68] y otros órganos como son la Reunión Técnica de Incorporación de la Normativa Mercosur; los Comités: Automotor, Cooperación Técnica, Directores de Aduana, Sanidad Animal y Vegetal. Entre los grupos *adhoc*: Biotecnología Agropecuaria, Comercio de Cigarrillos en el Mercosur, Compras Guberna men- tales, Concesiones, Integración Fronteriza, Relacionamiento Externo, Sanitario, y Fitosanitario y Sector Azucarero; la Comisión Sociolaboral y los Grupos: Asuntos Presupuestarios de la SAM y Servicios.

Cabe agregar que en oportunidad de producirse el relanzamiento del Mercosur, se aprobó una decisión destinada a analizar la estructura de los órganos dependientes del GMC y de la CCM.

materia de integración, tanto en la región latinoamericana como fuera de ella, demuestran que no existe un modelo institucional predeterminado en relación a los órganos del esque- ma. Ello trae como consecuencia la posibilidad de ejercer una amplia libertad para diseñar las instituciones que más convengan a sus necesidades, posibilidades e idiosincrasia. Se agrega que en el caso del Mercosur parece indudable que debe aprovecharse la experiencia acumulada en los años de transición en cuanto al funcionamiento y efectividad de los órganos creados por el TA: CMC, GMC y SAM. A partir de dicha experiencia podía plantearse que los órganos futuros o alguno de los mismos, funcionen: 1) en forma permanente, o 2) con reuniones cuya periodicidad tenga en cuenta el nivel de los integrantes de los órganos. Ello, en virtud de haberse demostrado que a medida que se avanza en el proceso se multiplican tanto los aspectos sometidos a consideración de los órganos, como las acciones necesarias para la instrumentación y seguimiento de cada uno. El documento también alude a la nece- sidad de reflexionar sobre la naturaleza de las futuras instituciones estableciendo diferentes opciones. A los efectos de su consulta puede consultarse las "Actas de la IX Reunión del GMC", SM, Montevideo, Anexo VII, p. 41.

67 Previa recomendación del SGT que lo requiera, el GMC puede crear comisiones para la optimización de resultados en relación a las actividades a realizar. Se integran por funcionarios gubernamentales designados por cada EP según las directivas del Reglamento Interno del Grupo.

68 Al referirnos a las atribuciones del GMC hicimos mención a la posibilidad de convocar Reu- niones Especializadas *adhoc* que lo auxilien en su intensa tarea ejecutiva. En ejercicio de tal facultad se han creado numerosas Reuniones Especializadas. Entre ellas, las siguientes: Agricul- tura Familiar; Autoridades Cinematográficas y Audiovisuales; Ciencia y Tecnología; Comunica-

c) La Comisión de Comercio del Mercosur

En 1993 el CMC previó la creación de la CCM que luego se efec- tiviza por Decisión N° 9/94[69]. Se trata de un órgano de carácter intergu- bernamental que surge con la principal misión de asistir al órgano ejecu- tivo del Mercosur. Está facultada para adoptar Directivas y realizar propuestas dentro de la competencia asignada.

Su función es "velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los EP para el funcionamiento de la Unión Aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra Mercosur y con terceros países". Desde su constitución ha desarrollado una vastísima labor que conduce a caracterizar a este órgano como un verdadero ejecutor de políticas comerciales de integración. Su rol es fundamental en el proceso a punto tal que bien podría aseverar- se que aun cuando se origina para asistir al GMC, por su actuación exce- de ampliamente ser calificado como un órgano de cooperación.

Se integra por cuatro miembros titulares y cuatro suplentes por cada EP, celebrando reuniones ordinarias una vez por mes y está habilita- do para convocar reuniones extraordinarias cada vez que sea solicitado por el GMC o cualquiera de los países miembros.

ción Social; Cooperativas; Defensores Públicos Oficiales; Infraestructura de la Integración; Promoción Comercial Conjunta, y Turismo.

69 A través de Mercosur/CMC/DEC. N° 1/93. Luego, en la VI Reunión del CMC, celebrada en Buenos Aires el 5/8/94, se aprobó la Dec.N° 9/94, por la cual se decidió: "Art. 1°: Crear la Comisión de Comercio del Mercosur, como órgano de carácter intergubernamental encargado de asistir al órgano ejecutivo del Mercosur, de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la Unión Aduanera, y de efectuar el seguimiento y revisión de los temas y materias relacionadas con las políticas comerciales comunes, el comercio intra-Mercosur y con terceros países. Art. 2°: Aprobar la "Estructura y Funcionamiento" de la Comisión de Comercio del Mercosur, que forma parte de la presente Decisión como Anexo. Art. 3°. La Comisión de Comercio será coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Par- tes. Art. 4°: Disponer que la Comisión de Comercio del Mercosur comience sus actividades el 1° de octubre de 1994 y celebre sus reuniones, por lo menos, mensualmente". Como la misma decisión expresa en su texto, consta de un anexo intitulado "Estructura y Funciona- miento", que contiene cinco capítulos sobre la naturaleza e integración (1),

funciones, res-

El funcionamiento de la CCM está previsto en las Decisiones 59/00, 10/02, 16/02 y 30/03. Entre sus competencias figuran también las relacionadas a la actuación con terceros Estados, organismos internacionales y Acuerdos de Comercio, pronunciarse sobre las solicitudes de los EP sobre el cumplimiento del AEC y demás instrumentos de la política comercial común, seguir su evolución y administrar y aplicar el AEC. Debe elevar al GMC toda la información que se corresponda con estos temas y entre sus facultades registra asimismo, proponer normas o la revisión y modificaciones de las reglas ya existentes.

Los órganos que integran su estructura interna son: los Comités Técnicos, que actualmente son los siguientes: CT N° 1: Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías; CT N° 2: Asuntos Aduaneros; CT N° 3: Normas y Disciplinas Comerciales; CT N° 4: Políticas Públicas que distorsionan la Competitividad; CT N° 5: Defensa de la Competencia; CT N° 7: Defensa del Consumidor. Esta estructura se completa con el Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias.

d) La Comisión Parlamentaria Conjunta

El órgano parlamentario aparece en el acuerdo fundacional integrando el acápite "Disposiciones Generales", que en un único artículo, determina su objeto acotado a facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común. A tal fin, se impone a los Poderes Ejecutivos de los EP, mantener informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del proceso[70]. Como cabe observar, el tratamiento que se le proporciona induce a reflejar una posición de indiferencia hacia un órgano en el cual se delega –nada menos– que la representatividad de los pueblos.

Durante los primeros tiempos, la Comisión fue abriéndose camino, aunque muy lentamente. Sin embargo, ello no autoriza a afirmar que haya tenido un rol destacado en el marco del cronograma institucional del bloque.

ponsabilidades y facultades (2), funcionamiento (3), organización interna (4) y solución de controversias (5). Por la Directivas N° 1/94 y 5/96 se dictó su Reglamento Interno y por Directiva N°6/96 aprobó el Mecanismo de Consulta en la CCM. Sobre la CCM, puede verse: H. Alegría,"El Mercosur hoy: La realidad, pragmatismo e ideales", *La Ley, Suplemento Especial - 60 Aniversario*, Buenos Aires, 1995, p.5.

[70] TA, art. 24.

El POP incorpora a la CPC entre los órganos del Mercosur, aunque continúa sin reconocerle potestad decisoria. Definida como un órgano representativo de los respectivos poderes legislativos, el Protocolo le reconoce carácter consultivo, si bien llama especialmente la atención que frente al interrogante de quien consulta a la CPC, a ciencia cierta, no podría brindarse una respuesta precisa.

En orden a evaluar la situación en que nos situamos a la hora actual frente a la aspiración de llevar adelante el desafío de crear el Parlamento del Mercosur, propuesta que se plasma normativamente en la Reunión Cumbre de Ouro Preto de 2004[71], estimamos ilustrativo retrotraernos en el tiempo y brindar un sucinto panorama sobre lo actuado por la CPC en el marco de un proceso caracterizado por su amplia dependencia del poder político o, lo que es lo mismo, dependiente de la voluntad que anida en los gobernantes, y por tanto, con permanentes efectos, íntimamente vinculados al ejercicio del poder según la ecuación partido-período por el que cada EP atraviesa[72].

Reconocemos que este punto de partida implica posicionarnos en la política interna de los países involucrados otorgándole una trascendencia que no debiera detentar en el fenómeno asociativo. Sin embargo, a nuestro entender, no sólo reviste una importancia esencial sino que las políticas coyunturales nacionales, además de trasladar sus efectos y revertirlos en el desarrollo del bloque, son las que las más de las veces se insinúan como causal del carácter pendular que le asignamos al esquema en virtud de los permanentes avances y retrocesos advertidos en su devenir[73].

[71] Por Mercosur/CMC/DEC N° 49/04 se establece: "Dar continuidad a la creación del Parlamento del Mercosur como órgano representativo de los pueblos de los Estados Partes del Mercosur ".

[72] *Confr.* A. Dreyzin de Klor, "Avances y retrocesos de los esquemas subregionales", expuesto en el Seminario Internacional "Los retos de la integración en el continente americano". Organizado por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., 8 a 10 de noviembre de 2004.

[73] En la misma línea afirma J. Woischnik que "...en la construcción puramente interestatal del Mercosur, con demasiada frecuencia prevalecen los intereses de los estados miembros y un arraigado concepto de soberanía". "Consolidación institucional del Mercosur", en: *Diálogo Político 1/2004*, Buenos Aires, Konrad - Adenauer - Stiftung, pp. 159-160.

Va de suyo que en función de las previsiones establecidas en los instrumentos que integran el derecho originario y derivado, debiera preva- lecer como principio la independencia de la política partidaria en el ámbi- to nacional, compatibilizando el mismo con un imprescindible criterio de continuidad de los compromisos asumidos entre los EP más allá de los cambios de gobierno inherentes al natural ejercicio de la democracia. Em- pero, no contabilizar esta realidad es negar la existencia de un factor sus- tancial que no pocas veces ha agitado las aguas en el desenvolvimiento del Mercosur[74].

En base a las argumentaciones vertidas, las diversas etapas por las que ha transitado el bloque se compadecen con los sistemas imperantes a nivel nacional. Siendo la voluntad política de quienes integran los órga- nos superiores determinante de las pautas para el desarrollo y continui- dad del esquema a la vez que la encargada de imprimir velocidad en con- sonancia con el ritmo que se pretende adjudicarle, una visión del Mercosur desde las ideologías sostenidas a lo largo de los años de su exis- tencia, merece especial atención, particularmente en este acápite en que nos referimos al órgano representativo de los Parlamentos que a su vez, son representantes de los pueblos del bloque.

En este sentido, bien puede afirmarse que en sus inicios el fenómeno asociativo se caracterizó por un claro afán integracionista plasmando tanto los propósitos que lo alentaban como los principios inspiradores en el Tratado fundacional, especialmente en su preámbulo. Ya hemos destacado supra, los factores que contribuyeron a favorecer la conformación del esquema regional.

La actitud asumida por los gobiernos que comandaban la experiencia regional repercutió de manera positiva en los operadores econó- micos y jurídicos, a diferencia de lo ocurrido hasta mediados de los años ochenta. Este sentimiento favorable de los pueblos generó nuevas espe-

[74] Sobre el tema puede verse: A. Dreyzin de Klor/ D. Fernández Arroyo, "O Brasil frente á ins- titucionalizacão e ao directo do Mercosul", en: *Revista de Integração Latino –Americana (RILA)* año 1 nº 1, Brasil, 1993, pp. 21-56; J. A. Morande L., "Notas y alcance sobre el Estado - Na- ción en la política mundial del presente: una reflexión desde las relaciones internacionales", en: *Estudios Internacionales*, Año XXXVII, Universidad de Chile, abril-junio 2004, Nº 145, pp. 51-65; R.Rusell/J.G.Tokatlian, *El lugar de Brasil en la política exterior*

argentina, Buenos Aires, FCE, 2003.

ranzas en la región traducidas en una actitud de aliento y apoyo a las negociaciones intergubernamentales, que en mucho se vincularon con circunstancias coyunturales. Asimismo y reiterando lo dicho, la llegada de la democracia a varios de los países con el afán –casi diríamos irreductible– de instalarse definitivamente, se hizo palpable desde un principio, esto es a partir del proceso interno de afirmación de la libertad en cada uno de los Estados involucrados, operando de aliciente indispensable para conti- nuar con las negociaciones.

Un signo positivo que generó no pocas esperanzas se produjo cuando a poco de entrar en vigencia el TA, los parlamentarios designados por los cuatro EP, celebran una primera reunión decidiendo entonces, conformar la CPC[75] y dictar su Reglamento[76]. Los puntos esenciales del documento hacen a la integración del cuerpo, a las modalidades de funcionamiento y a las atribuciones asignadas. El Reglamento determina que el organismo se pronunciará a través de recomendaciones, disposiciones, acuerdos, dictámenes y declaraciones, siendo aprobados en todos los casos, por consenso[77].

La CPC se vio luego alcanzada por el cuasi estancamiento padecido por el bloque en la segunda mitad de los noventa, y por tanto, pese a lle- varse a cabo una serie de reformas del Reglamento no se advierten, duran- te ese período, mayores avances[78].

---

[75] El órgano parlamentario se integra por sesenta y cuatro miembros, esto es, dieciséis parlamentarios por cada EP. El Presidente cumple su mandato por seis meses, la Mesa Ejecutiva, a la que compete entre otras actividades el estudio de las políticas que resuelve la CPC y las Secciones Nacionales compuestas por los representantes nacionales de cada delegación par- lamentaria.

[76] Los puntos esenciales del documento hacen a la integración del cuerpo, a las modalidades de funcionamiento –reconoce carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas– y a las atribuciones asignadas, destacándose: acompañar la marcha del proceso de integración e informar a los respectivos Congresos lo actuado, solicitar información a los órganos institucionales sobre los planes y programas de orden político, económico, social y cultural, y realizar estudios tendientes a armonizar las legislaciones de los EP. Montevideo, 6 y 7 de diciembre de 1991. Con posterioridad, el Reglamento fue objeto de diversas reformas pudiendo consultar el que actualmente rige el organismo en http: www.mercosur.org.uy

[77] El POP sólo contempla las Recomendaciones, que emanadas de la CPC, ésta elevará al CMC vía GMC.

[78] Modificaciones que tuvieron lugar en 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, circunstan-

En 1999 sin embargo, se retoma la idea de elevar a los órganos superiores la voluntad de institucionalizar la CPC a través de la creación de un Parlamento; a tal efecto, un año más tarde se aprueba una agenda para encaminar la concreción de la propuesta[79]. En el 2000, se procede al relanzamiento del bloque en un intento de reflotar los objetivos primigenios, iniciativa que no tuvo entonces el eco necesario para producir modificaciones destacables, pese a que lentamente empieza a trabajarse con lineamientos más claros en aras de afianzar el modelo. En el curso de esta etapa, en la CPC se presentan sendas propuestas de Argentina y Brasil con la finalidad de crear el órgano parlamentario.

Empero, es recién a partir de 2002 con nuevos gobiernos en los EP cuando Argentina y Brasil, luego de las elecciones que dieran paso a la asunción de gobiernos socialistas, viran notoriamente el timón provocando un giro que trae consigo un certero empuje para activar, por una parte la asociación estratégica entre estos dos Estados, y por otra, para fortalecer a la subregión con las miras puestas en la situación internacional desde la perspectiva global. En las oportunidades que tuvieron de compartir encuentros a lo largo de 2003, los mandatarios no perdieron ocasión de pronunciarse en favor de la creación de un Parlamento de Mercosur, inscribiéndose el tema en la Agenda de la reunión a celebrarse en junio de ese año en la ciudad de Asunción.

- *El rol de la CPC en el marco de la estructura orgánica:*

La necesidad del afianzamiento institucional es una constante demanda de la doctrina pero más aún una exigencia de los operadores.[80] La crítica apunta a considerar que la columna vertebral de la organización in-

---

cia que permite entrever cierta falta de claridad en torno al rumbo a seguir y a la definición certera del rol que le compete.

[79] En la XV Reunión de la CPC celebrada en Santa Fe, Argentina incorpora en la Agenda un proyecto de modificación del POP que incluye la creación de un grupo técnico especializa- do para estudiar y trabajar en el tema.

[80] El reclamo apunta tanto a la creación de un Tribunal de Justicia con carácter permanente como a la constitución de un Parlamento. Acerca de las ventajas de dotar al proceso subregional de una Corte de Justicia supranacional y permanente, puede verse: D. Fernandez Arroyo, "La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del Mercosur: Ocho respuestas contra la incertidumbre". *Revista de Derecho del Mercosur. Año 3 N° 4*, pp. 38-53.

tergubernamental resulta endeble a la hora actual, pues el eje central sobre el que gira el proceso no puede seguir siendo una extensión de uno solo de los poderes del estado.[81]

Si bien como se acaba de señalar, fueron poco tiempo atrás los presidentes de Argentina y Brasil quienes destacaron la importancia de crear el Parlamento[82], algunos signos objetivos de la voluntad de fortalecer democráticamente el esquema se advierten a partir de su relanzamiento.

En esta dirección se insertan una serie de Disposiciones y Reco- mendaciones en las que la CPC propició desarrollar acciones concretas a efectos de facilitar la instalación del nuevo órgano para el fenómeno re-

[81] Teniendo en cuenta la naturaleza de los órganos que integran una organización internacio- nal, H. Schermes, clasifica estas organizaciones en dos grandes grupos: por una parte, las or- ganizaciones intergubernamentales y por otra, las organizaciones supranacionales. Entre las principales características que se observan en las primeras, destaca: a) los poderes decisorios son ejercidos, primordialmente por representantes gubernamentales, y b) en materias impor- tantes, los gobiernos no pueden ser obligados por los órganos de la organización en contra de su voluntad. Esto implica que en este tipo de organización, la obligatoriedad proviene de la cooperación intergubernamental y, desde otro aspecto, las decisiones obligatorias que pu- diesen adoptar, deben contar, en todo caso, con la aprobación unánime de los estados miem- bros. En tanto que las características de las organizaciones supranacionales están dadas por:

a) las decisiones de sus órganos pueden ser obligatorias para los estados miembros; b) los órganos encargados de adoptar decisiones no dependen enteramente de la cooperación de todos los EP, lo que supone su aprobación por mayoría; c) la organización debe estar dotada de poderes para adoptar normas obligatorias y directamente aplicables a las personas particulares de los estados miembros; d) los órganos deben tener, asimismo, la facultad o el poder de hacer efectivas sus decisiones, y e) la organización y sus órganos deben tener autonomía financiera. No obstante ser la distinción clarificadora, el mismo autor expresa que si bien puede ser válida desde el punto de vista teórico, no lo es tanto desde el plano de la realidad. Sin embargo, en esencia cabría admitirla atendiendo al grado de evolución en que se encuentre el proceso. *Confr. op. cit. International Institutional Law*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1972. Ver asimismo: R. Alonso García, *ob. cit* nota 25, A.Dreyzin de Klor, *ob.cit* nota 1 pp. 172-175.

[82] Declaraciones formuladas durante la XXIV Cumbre de Mercosur. Con relación a la creación de un Parlamento del Mercosur se han escrito innumerables artículos, entre las publicacio-

nes recientes pueden verse: F. Peña, “Hacia una mayor transparencia y participación ciudada-
na”, *Suplemento de Comercio Exterior*, *La Nación,* Argentina, 10/6/03; M.C. Alarcón, “Hacia la

gional[83]. La “Agenda para la Institucionalización del Parlamento Mercosur”[84] reivindica la necesidad de impulsar la integración a través de vigorizar las instituciones y reconoce la importancia de priorizar una mayor participación de los poderes legislativos, en su carácter de órganos representativos de los pueblos[85]. Se conforma así un grupo técnico especializado integrado por representantes de las Secciones Nacionales, al que se le asigna la tarea de efectuar un estudio pormenorizado, cuyos resultados se plasmen en un proyecto en el cual se propongan las etapas para cumplir con lo dispuesto en la Agenda. La Decisión N° 49/04 sobre la creación del Parlamento Mercosur, atiende justamente al Programa de Trabajo adoptado para el período 2004-2006. En esta disposición se destaca la importancia que se reconoce a la participación de los Parlamentos de los EP en la profundización del proceso y los trabajos que viene desarrollan- do la CPC como una contribución sumamente valiosa, empero nueva- mente se acude al principio de progresividad como orientador del perfec- cionamiento institucional del bloque.

¿Cómo construir el tránsito hacia el objetivo planteado?

Estimamos que tan ambicioso propósito se construye a partir de jerarquizar las funciones que le conciernen al órgano en análisis. Un diagnóstico sobre la situación, condujo a advertir que el mentado reforzamiento requeriría una intervención real y efectiva de la CPC en el proceso decisorio y una profunda toma de conciencia en su funcionamiento

creación de un Parlamento de todo el Mercosur”, *Clarín,* Argentina, 28/6/03; A. Dreyzin de Klor, “El Mercosur y las metas para el 2006”, *Suplemento de Comercio Exterior, La Nación,* Argentina, 8/7/03.

83 A modo de ejemplo, pueden verse: Mercosur/CPC/DISP. N° 10/00; Mercosur/CPC/DISP. N°11/00; Mercosur/CPC/DISP. N°12/00; Mercosur/CPC/DISP. N° 35/00 Mercosur/CPC/DISP. N° 05/02 y Mercosur/CPC/DISP. N° 14/02.También: Mercosur/CPC/REC. N° 25/02; Merco- sur/CPC/REC. N° 13/03 y su anexo I (Propuesta preliminar para la organización institucional del Parlamento del Mercosur); Mercosur/CPC/REC. N° 14/03.

84 Mercosur/CPC/DISP 10/00.

85 Resulta muy ilustrativa la posición de D.Ventura quien se manifiesta favorablemente a la con- formación de un Parlamento para el Mercosur, siempre que se lleve a cabo un proceso de “reingeniería de las instituciones”. Justificando su idea, expresa que una instancia parlamenta-

institucional[86]. A este efecto, dos vías reconocemos como posibles: efectuar una reforma al POP o encuadrar el accionar en la normativa vigente.

La modificación del POP, si bien puede aparecer como más atrayante teniendo en cuenta que podrían incluirse aspectos que van más allá de la denominación del órgano parlamentario, y que se centran más en su alcance y los efectos de sus pronunciamientos, así como en las sanciones frente al incumplimiento de las obligaciones que genere la relación interorgánica que se establezca, no resulta operativa por el momento. A nuestro entender, dilataría el fortalecimiento que se pretende pues la modificación de este instrumento originario suscita resistencias desde diversos ámbitos. Teniendo presente que la voluntad política en que se sustenta el bloque no está aún claramente definida, la iniciativa planteada haría aguas con pocas posibilidades de reflotarla en un futuro inmediato.

Como contrapartida, optar por la dinamización de la normativa vigente es una alternativa que aparece como posible, oportuna y eficaz. Piénsese en que existe un instrumento muy útil para operativizar una participación real de la CPC cual es el primer Acuerdo Interinstitucional que forma parte del ordenamiento jurídico vigente[87]. Entre las ventajas de su empleo es importante el hecho de no desconocer las asimetrías constitucionales en cuanto a la habilitación que reconocen los Estados para delegar competencias en órganos legisferantes independientes[88].

ria constructiva y útil sería aquella capaz de participar del proceso decisorio del bloque, sugerir iniciativas a las otras instituciones y controlar su funcionamiento, además de producir la articulación política necesaria para el sustento del Mercosur. *Op. cit.*, "Governança e Integraçao: uma nova perspectiva para o MERCOSUL", en: *Jornadas de Derecho Internacional,* Washington, D.C. Organización de Estados Americanos, 2003, pp. 15 y ss.

[86] La legitimidad democrática implica "involucrar, directa o indirectamente a los pueblos, en la fase de negociación de la normativa Mercosur". Se habla de implicancia directa aludiendo a la posibilidad de instaurar un Parlamento elegido por sufragio universal, en tanto que la otra opción –la indirecta– sería aquella por la que se acepta un Parlamento que represente a los pueblos a través de sus respectivas delegaciones nacionales. *Vid*. R. Alonso García, "Informe elaborado en el marco del Convenio N° ASR/B7– 3100/97/0066, Apoyo a la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur", *Comisión de la Unión Europea*, p. 3.

[87] Nos referimos principalmente al derecho originario contenido en el TA y en el POP.

[88] Argentina y Paraguay modificaron sus Constituciones Nacionales incluyendo disposiciones que permiten delegar competencias en órganos supranacionales. No es el caso de Brasil y

No parece errado entonces, que se haya decidido no efectuar una modificación del instrumento fundacional sino que –para un cambio que indudablemente se traducirá en modificaciones sustanciales– se aguarde el resultado de un trabajo más profundo e inclusive desde el re- conocimiento de las diferencias constitucionales, se trabaje en el fortale- cimiento institucional como condicionante de la integración democrática, "...sobre la base de una adecuada representación de la ciudadanía..."[89].

- *El accionar de la CPC: "La Enmienda Alonso"*

Como acabamos de adelantar, un paso muy significativo en aras de asumir un rol esencial en el esquema institucional vigente lo constituye el primer Acuerdo Interinstitucional en la historia del Mercosur: se trata de la bautizada como "Enmienda Alonso"[90], por el ex presidente Pro Tempore de la CPC, diputado Washington Abdala, al disertar en el "I En- cuentro de Presidentes de las Cámaras de Poderes Legislativos de los Es- tados Parte del Mercosur"[91].

En efecto, en función de la importancia que reviste para el bloque, la Enmienda puede considerarse un verdadero punto de inflexión en el devenir del proceso subregional. Su antecedente inmediato es la Recomendación aprobada por la CPC en la Reunión celebrada en Asunción[92] y su importancia radica en que se incorpora un pacto de consulta del CMC a la CPC, traducido en "el firme compromiso" que asume el órgano superior del esquema, de elevarle los proyectos cuando se requiera la

Uruguay, que si bien hacen mención a la integración, se discute si sus Cartas Magnas a tenor de una interpretación literal, admiten o no delegación de competencia. Un tratamiento profundo y completo sobre el tema puede verse en A. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, eUrsnidivad Austral/ KAS, Montevideo, 2004.

89 Mercosur/CPC/DIS. 08/2003 Anexo II.

90 Aprobada el 6 de octubre de 2003, en el marco de la Cumbre Extraordinaria del CMC celebrada en Montevideo. La denominación con que se conoce el Acuerdo responde a que su autoría se debe al Profesor Ricardo Alonso García, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, España.

91 Montevideo, 25 y 26 de setiembre de 2003.

92 Recomendación 11/03 suscripta el 17 de junio de 2003, en oportunidad de celebrarse la XXI Reunión Plenaria de la CPC.

aprobación de fuentes jurídicas, que en función de la materia, hacen necesaria la aprobación legislativa para su incorporación a los respectivos ordenamientos internos de los EP.

La contrapartida de esta cláusula –que encierra a nuestro entender, una significativa concesión del CMC–, es "el firme compromiso" de la CPC de "impulsar (...) una responsable labor de internalización de la normativa Mercosur", con énfasis en aquella adoptada como resultado del consenso entre ambos órganos del fenómeno regional.

La gran ventaja que le atribuimos, más allá de apoyar en un todo la técnica que plantea y el sentido que la inspira, es obrar de precedente –tanto desde la perspectiva ideológica cuanto fáctica– para la creación del Parlamento al motorizar el accionar de la Comisión e incentivar al orga- nismo a fin de que éste asuma el papel que le compete como represen- tante de los pueblos de Mercosur. El órgano superior del bloque, concien- te de la importancia de solucionar el acuciante problema que enfrenta el Mercosur ante la falta de internalización de la normativa aprobada, encon- tró en el Acuerdo un medio de acelerar el proceso de vigencia de las fuentes. Recuérdese que las numerosas disposiciones dictadas con ese ánimo,[93] no concitaron mayores resultados conforme surge de la informa- ción proporcionada por la Secretaría del Mercosur[94].

La labor llevada a cabo por el profesor Alonso García, se encuadra en el "Proyecto de Apoyo a la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur", Comisión de la Unión Europea[95]. Atribuimos el interés de este organismo, al convencimiento de que contribuyendo a la institucionalización del espacio subregional, no sólo privilegia al Mercosur, sino también facilita las relaciones intrabloques. Indudablemente, en la medida que pue-

---

[93] *Vid*a. es,nMtrerocotrsur/CMC/DEC.Nº 23/00: Relanzamiento del Mercosur– Incorporación de la normativa Mercosur al ordenamiento jurídico de los Estados Partes; Mercosur/CMC/DEC. Nº 20/02: Perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa Mercosur al ordenamiento jurídico de los Estados Partes; Mercosur/CMC/DEC. Nº 07/03: Aplicación de la normativa Mercosur a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

[94] *Vid*. Primer Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur-Un Foco para el Proceso de Integración Regional, Montevideo, julio, 2004, p. 32 y ss.

[95] *Confr.* nota 86.

da negociarse sobre bases de predictibilidad, certeza y seguridad jurídica[96] -principios que incardinan en la mayor legitimidad que reconozca la es- tructura Mercosureña– los beneficios redundarán en favor de ambos es- pacios regionales.

Lamentablemente, los resultados en orden a su implementación lejos están de ser los queridos. Una simple mirada retrospectiva, es suficiente para comprobar la falta de acatamiento a tan importante normativa. Esta inobservancia es sustentada en una argumentación poco convincente cual es la laguna legal que suscita no contar aún con su reglamentación. Empero, ¿actúa esta carencia como obstáculo real para implementarla?

Estamos firmemente convencidos que no haber reglamentado la Enmienda es más una ventaja que un impedimento, en función de los re- sultados a que podría arribarse[97]. Ciertamente, en numerosas circunstan- cias es imprescindible proceder en tal sentido, en tanto que en otros su- puestos, provoca efectos refractarios a los buscados. El análisis efectuado acerca de la posibilidad de tornarla operativa nos conduce a aseverar la conveniencia de no reglamentar en lo inmediato el Acuerdo pues se esta- ría contribuyendo a trabar el accionar de ambos órganos. Tanto el CMC como la CPC se verían atados a determinadas reglas que no agregan en principio contribución alguna y lo que es más grave, podría no respetarse la orientación que inspira a la Enmienda.

---

[96] La seguridad jurídica se vincula directamente con la previsibilidad y predictibilidad de las normas. A su amparo, los sujetos pueden prever o predecir las consecuencias jurídicas que se producirán de acuerdo a un determinado marco normativo. Martínez Paz entiende que se trata de un elemento clave para penetrar en la naturaleza del derecho, uniéndose tanto a la idea de justicia como a la de orden social. Señala asimismo, que la seguridad jurídica descubre dos perspectivas básicas: una objetiva, definida como el resultado que se logra al aplicar el derecho, o como un efecto del orden, y otra subjetiva que consiste en el convencimiento de que los derechos son respetados y que las relaciones jurídicas están siempre reguladas por la ley. *Vid*. F. Martínez Paz, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 1991, pp. 325 ss. También, A. Kemelmajer de Carlucci,"Seguridad y justicia", *JA*, 1993-I-813, y R. Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 227 ss.

[97] A la hora de aprobarse la "Enmienda" fuimos partidarios de que se proceda a su inmediata reglamentación, sin embargo, habiendo analizado luego la posibilidad de su implementación sin fijar pautas expresas, basándonos en los argumentos que vertimos en texto, nos retrac-

En cuanto a su naturaleza, surge meridianamente del tenor de la norma, la necesidad de proceder a la consulta con antelación a la aprobación de la fuente jurídica de que se trate. De este modo cobra sentido el procedimiento pues la CPC, podrá introducir las enmiendas que considere pertinentes, en tanto se respete el criterio de temporalidad, que de alguna manera, le permite ejercer un papel colegisferante.

En orden al alcance, en virtud del carácter intergubernamental del proceso, la consulta no puede ser vinculante; sin embargo, nada hace suponer que no llegue a serlo como ejercicio de la costumbre, si instaurado el mecanismo, resulta así de la actitud de los órganos signatarios del Acuerdo y del respeto que reconozcan en la práctica a las observaciones formuladas. La dinámica que podría generar la implementación de la Enmienda es, entonces, la que atiende a los usos y costumbres y es con buen criterio, que el Acuerdo se limitó a establecer la "consulta" como procedimiento, y el "firme compromiso" como eslabón necesario para articular la vigencia del ordenamiento aprobado.

No desconocemos que este mecanismo, que podría tildarse de "codecisorio" –calificación fundada no sólo en una visión optimista sino en los lineamientos que lo orientan[98]– concita una serie de planteos a los que inexorablemente, habrá que proporcionar una respuesta. Así, ¿el procedimiento será el mismo si el proyecto en discusión es urgente o excepcional? Habida cuenta de los instrumentos que se sometan a consulta ¿comprende solamente los proyectos que requieren aprobación legislativa en los cuatro EP, o abarca también aquellos en que la internalización es

---

tamos de dicha posición ubicándonos en la que sustentamos en esta oportunidad. *Vid.* A. Dreyzin De Klor, "Hacia el Parlamento del Mercosur", REDIM, 2003, pp. 80-88.

[98] En sus considerandos, al referirse a la constitución de un parlamento regional, el proyecto de la Rec. N° 11/2003, establecía que se "...permitirá avanzar en el dinámico proceso de integración en términos económicos de fortalecimiento democrático y de poder institucionalmen- te compartido...". Aunque a la hora de aprobarse, se modifica incluyendo como único Con- siderando "La necesidad imperiosa de reforzar la legitimidad democrática en el funcionamiento institucional del Mercosur y la efectividad de la obligación de los Estados Partes de internalizar en tiempo y forma la normativa Mercosur", no dudamos que estaba en el espíritu de la Comisión y el Consejo aceptar un compromiso mayor que seguramente desde una óptica política, no era conveniente dejar plasmado en la Enmienda.

necesaria únicamente en algunos de los países miembros?[99], ¿cuáles son los plazos para evacuar las consultas?, ¿cuál es la información que debe suministrarse a la hora de elevarla?, ¿qué documentación deberá acompañarse?, ¿cuál es el mecanismo para aprobar las modificaciones en el seno de la CPC?

En la medida que se entienda que el Acuerdo Interinstitucional establece una técnica de reglamentación distinta y alternativa, se flexibilizará el mecanismo rígido del esquema en vigor. Su calidad normativa enraiza en el "soft law"[100] o "derecho blando", pues si bien carece de obligatoriedad por tratarse de un compromiso, está pensado para producir efectos en la esfera jurídica del bloque; se constituye en un referente cuya operatividad dependerá de la dinámica que le impriman sus protago- nistas. Los elementos de objetivación aparecen claramente diseñados y sienta las bases para el fortalecimiento democrático. De respetarse el es- píritu que anima la Enmienda su instrumentación puede significar un avan- ce, pero insistimos, ello está supeditado a la efectividad que los parlamen- tarios y el CMC le atribuyan. En consecuencia, la respuesta a los planteos enunciados debe surgir del accionar de los organismos a la hora de pro- ceder a su efectivización.

Por ahora, en virtud de no haberse echado mano de este documento creado en aras de afianzar jurídica e institucionalmente al esquema, su inobservancia adiciona elementos negativos al proceso que cuenta con herramientas efectivas para mitigar el déficit democrático, y no obstante poseerlas, no las emplea.

[99] En este punto también se advierte una modificación del borrador original que al referirse al compromiso del CMC se refería a consultar aquellas normas "...sometidas a reserva de ley en los Estados Partes". La fórmula se cambia en razón de que "reserva de ley" es una terminología poco familiar a los brasileños que prefirieron reemplazarla por la que se adopta, o sea, normas cuya internalización requiera "intervención legislativa".

[100] Se trata de un término de los anglosajones que alude a "...un fenómeno que presenta las características del Derecho en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quien el *soft law* se dirige... pero que al ser mencionado produce la sensación de que algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana". TAMMES, "Soft Law", en: *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, p. 187, citado por R. Alonso García, en: "El soft law en el Derecho Comunitario", *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002, 2*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 668.

e) Foro Consultivo Económico-Social – FCES

El FCES es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales de los EP del Mercosur.Tiene funciones consultivas y se manifiesta mediante Recomendaciones que eleva al GMC. Sus reuniones se celebran cada seis meses aunque se admiten reuniones extraordinarias cuando éstas resulten necesarias.

De acuerdo a lo previsto en el POP, el 31 de mayo de 1996 se suscribió el Acta N° 1 por la cual se constituyó este Foro, aprobando su Reglamento. A través de este instrumento jurídico se explicitan su composición, estructura, funcionamiento y principales cometidos.

Al hilo de lo dispuesto por este documento, cabe señalar que se integra por igual número de representantes por cada EP, número que asciende a un total de treinta y seis, siendo los delegados nacionales, elegidos por los organismos representados –UIA, CGT, ONGs–. Se entiende así que su estructura interna comprenda las áreas temáticas referidas a aspectos sociales de la integración, a la consolidación de la unión aduanera, a la profundización del proceso y a sus relaciones externas. El Foro se integra también por el Comité Mixto CES-FCES.

En el Programa de Trabajo previsto para el 2004-2006, se propicia particularmente la ampliación de la participación de la sociedad civil a cuyo efecto se toma como base una propuesta presentada por este organismo consultivo[101].

f) La Secretaría del Mercosur

El TA prevé el funcionamiento de una Secretaría Administrativa, que se genera con el objetivo de secundar al GMC en su desempeño co- mo órgano ejecutivo del Mercosur.

Durante la etapa de transición, entre las principales funciones atribuidas a esta Secretaría se destacan la de actuar como ente custodio de toda la documentación de la asociación regional, y ser el encargado de efectuar las comunicaciones referidas a las actividades que se efectúen en el desarrollo de las negociaciones del bloque, tarea ésta asignada con la finalidad de evitar que la desinformación constituya un obstáculo en el avance del proceso.

---

[101] La propuesta aludida 3/10/03 fue elevada al GMC según surge de Mercosur/CMC/DEC. N° 26/03, 2.1. Participación de la sociedad civil.

El Reglamento Interno del GMC amplió las funciones de la SAM. De esta suerte, entre otras actividades, le asigna: ejercer el rol de centro de comunicaciones; facilitar el contacto directo entre los integrantes del GMC, organizar los aspectos logísticos de las reuniones del órgano ejecu- tivo y desempeñar, en definitiva, las tareas que le sean solicitadas por di- cho órgano.

En el año 2002, el Mercosur emprendió un proceso de saneamiento y racionalización, con la finalidad última de dotar al bloque de legitimidad institucional y como ámbito primario para comenzar la tarea, se eligió el de la SAM, dotándola de un sector técnico a raíz de una propuesta del canciller uruguayo Didier Opertti.

Mediante la Decisión 30/02 se prevé el mecanismo a llevar a cabo para proceder a la selección y contratación de los consultores técni- cos y las atribuciones que tendrá este sector.

La disposición mediante la cual se aspira a fortalecer la estructura del emprendimiento regional proyectando la creación del área técnica fue muy bienvenida pues, indudablemente, avanzar en esta dirección era una necesidad a todas luces impostergable para la consolidación del bloque. El carácter "técnico" adquirido por la Secretaría vendría a cubrir un espacio sustancial, al diseñarse como objetivo que sus integrantes –dos especialistas en derecho internacional y dos especialistas en economía internacional– presten asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos del bloque.

En el ejercicio de esa actividad, el grupo de especialistas toma a cargo una serie de actividades entre las cuales se encuentran las de preparar documentos de trabajo, compilar informaciones y propuestas, realizar relevamientos de antecedentes y/o del tratamiento de temas de interés para su afianzamiento, efectuar el seguimiento y evaluación del desarrollo del proceso de integración y elaborar informes periódicos so- bre la evolución del Mercosur, verificando las variables importantes que lo afectan y el grado de implementación de los compromisos asumidos en el marco de la integración.

En los informes se estableció expresamente que deben identifi- carse eventuales carencias, lagunas normativas y dificultades específicas del proceso, así como la inclusión de temas que sean de interés común. Los técnicos están habilitados a proponer, según una perspectiva regional, acciones a seguir por los órganos con poder de decisión dentro del es- quema de integración y realizar estudios que sean de interés para el pro-

ceso teniendo cuenta no sólo el propio Mercosur, sino otras experiencias de integración regional que se desarrollan en la actualidad[102].

Para que tuviera visos de realidad, el CMC dedicó especial atención al tema de la selección y contratación de los especialistas, señalando que se nombrarían "exclusivamente" a quienes demuestren ser acreedores de la competencia y capacitación técnica necesarias en las especialidades mencionadas. A tal efecto se llamó a concurso de antecedentes y pruebas, quedando su organización a cargo de una comisión de selección integrada por un representante designado por cada EP y por el Director de la SM.

Hasta aquí la información sobre una serie de reglas que no ten- drían por qué ser diferentes a todas las demás que han sido aprobadas hasta ahora en el marco del proceso de integración, con más o menos acierto. En este punto, atendiendo a que el Mercosur carece de carácter supranacional, o sea que las decisiones que se adoptan en su seno res- ponden a la voluntad política expresada por los gobiernos de los EP, nos interesa recalcar que las reglas adoptadas para la designación de los con- sultores no sufrieron esos avatares. Pese a ciertos temores en relación con eventuales influencias políticas en el proceso de selección, debe de- cirse que en esta oportunidad se obró con una transparencia digna de destacar ya que, cumpliendo los lineamientos establecidos, se efectuó el concurso dándose amplia publicidad de las bases con suficiente antelación siendo el proceso de selección realizado con la máxima imparcialidad, res- petando en un todo las reglas aprobadas[103].

Si bien este mecanismo de elección podría tildarse de normal, observando objetivamente muchos de los métodos de designación de "especialistas" en los EP, se puede calibrar la importancia de lo que ha sucedido. Es por eso que creemos digno de resaltar pues estas son las conductas que debe implementar el Mercosur, no sólo para generar optimismo en orden a su necesaria continuidad y su anhelado desarrollo, sino para que goce de confianza y de credibilidad interna y externa.

[102] Cabe destacar la enorme importancia que revistió para los estudiosos del proceso el Primer Informe Semestral elaborado por la ST. Este documento resultó sumamente ilustrativo para reflejar la realidad del bloque en todas sus aristas, tanto sus avances como sus retrocesos.

[103] Consistió en evaluaciones escritas anónimas y entrevistas –con cada candidato en particular y en forma individual– acotadas a los temas científicos comprendidos en el programa. Luego de una tarea que en nada habrá resultado sencilla a la comisión calificadora dada la cali-

La SM se compone entonces, de un director elegido por el GMC y designado por el CMC por el término de dos años,[104] y tres sectores, el sector de asesoría técnica y los sectores de administración y apoyo, y de normativa y documentación.

El sector técnico se instaló en la sede de la SM en Montevideo en octubre de 2003. Cumpliendo con una de las tareas asignadas, los integrantes de este grupo emitieron dos informes, en julio y en diciembre de 2004, elevados a las Reuniones de CMC celebradas en Puerto Iguazú y Ouro Preto, respectivamente.

El primer Informe fue público durante un tiempo al ser incorpo- rado en la página web de la SM, hecho que resultó sumamente útil para el seguimiento del proceso, aunque luego fuera retirado. En tanto que el segundo informe reviste *ab initio* el carácter de reservado, por lo que es imposible acceder al mismo[105]. Desde ya no compartimos este criterio, pues entendemos que la transparencia es fundamental en un proceso de estas características y reflejo de la política que impera en orden a la insti- tucionalidad del Mercosur.

---

dad de los postulantes, que en no pocos casos son personas que se desempeñan en los actuales grupos de trabajo de las diferentes comisiones de Mercosur, resultaron elegidos especialistas, que tanto en el plano jurídico –en el que fueron designados Alejandro Perotti (Argentina) y Deisy Ventura (Brasil)– como económico –fueron electos: Oscar Stark Robledo (Paraguay) y Marcel Vaillant Alcalde (Uruguay)– acreditan reconocida idoneidad y gran prestigio profesional. Sobre el proceso llevado a cabo ver: A. Dreyzin de Klor/D. Fernández Arroyo, "El Mercosur ¿por el camino de la transparencia?", http://www.relnet.com.br/index40.lasso

[104] No obstante lo reglamentado por Mercosur/CMC/DEC N° 24/03, se estableció la prórroga del mandato del actual Director –Dr. Reginaldo Arcuri– fundada en el requerimiento de dar continuidad a los trabajos que se desarrollan a fin de consolidar el proceso bajo una pers- pectiva común.

[105] Mercosur/GMC/RES. N° 06/04. Nota del 2/9/04, del Coordinador Nacional de GMC, Mace- do Soares, en el ejercicio de la Presidencia Pro Tempore.

II | Algunas reflexiones de cara al futuro

El cumplimiento de los objetivos del Mercosur[106] requiere de un organigrama institucional con competencias dotadas de técnicas de ges- tión y prácticas propias. Si bien se han esgrimido numerosas razones que justifican avanzar en la conformación de una estructura sólida, cuyos órga- nos estén revestidos de competencia legislativa y jurisdiccional para pro- fundizar el proceso y goce éste de la legitimidad de la que actualmente ca- rece, no se han delegado competencias en órganos supranacionales. No desconocemos la importancia que adquiere la creación del TPR, empero no habiendo sido éste tema de nuestro análisis no nos pronunciaremos al efecto salvo para mantener nuestra posición a todas luces reconocida de que el Tribunal no es identificable con una corte de justicia supranacional.

La integración regional se intuyó como uno de los fenómenos aptos para afianzar la concientización política democrática. De allí, que frente al escepticismo imperante en numerosos sectores, prevaleció la ideología a favor de la integración, no quedando espacio para el debate acerca de la calidad del fenómeno como sostén recíproco de esta forma de gobierno y verdadera columna de la estabilidad política. Dando mayor fuerza a estos argumentos, se suma la consideración de contemplar la in- tegración como una vía certera para alcanzar "un desarrollo económico con justicia social"[107].

Estas razones condujeron en su momento a considerar a la inte- gración como un modelo positivo y a creer en el compromiso que enhe- bran los países con el recóndito deseo que éste sea asumido como ver- dadero motor de cambio.Tener un socio restringe de algún modo ciertas facultades al tiempo que fortalece a quienes se involucran. La adopción de políticas unilaterales se torna dificultosa y a medida que se avanza en la asociación económica, con la incorporación de nuevos países de la región, más se ínter afianza el aspecto político[108].

Empero, la voluntad integracionista que prevaleciera durante los primeros años del esquema fue declinando durante la segunda mitad de la década de los noventa. El giro operado se debió en buena parte a la primacía de políticas neoliberales llevadas a cabo por quienes ejercían el

[106] Objetivo que se enuncia a lo largo del Preámbulo y en el art. 1° del TA.

[107] Fórmula literalmente receptada en la Parte Preliminar del TA.

[108] *Vid*. A. Dreyzin de Klor, *op. cit*. nota 1, p. 14.

poder en cada uno estos países, circunstancia que hizo aflorar, aunque subliminalmente, una resistencia no declarada ni declamada, aunque a todas luces evidente. Ejemplo de esta aseveración resulta en algún caso el alineamiento en solitario, con posiciones asumidas por estados extrazona, así como faltar al cumplimiento de políticas consensuadas adoptando por el contrario, criterios unilaterales que echaban por tierra compromisos previamente conformados *ad intra* y causando retrasos en orden a respetar plazos preestablecidos.

Asimismo, las devaluaciones del real primero y del peso argentino después fueron también signos preocupantes que hirieron al bloque en ámbitos muy sensibles, al no actuarse coordinadamente tal como impone un modelo integrado.

Los últimos dos años han resultado claves en orden a reflotar el bloque; la actitud asumida por los presidentes en ejercicio en los países miembros así como por el Presidente del Comité de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM) ha influido notoriamente en el cambio observado en los últimos tiempos.

Este hecho no ha sido suficiente para llevar a cabo la transformación del aparato institucional que conforma el Mercosur, continúan siendo los únicos órganos con facultad decisoria –es decir con capacidad de dictar normas consideradas fuentes jurídicas– el CMC, el GMC y la CCM.

La trascendencia alcanzada por los numerosos disensos en el que se involucran sectores importantes de la sociedad de los EP motivó en gran medida, la instalación del debate en el seno de los órganos que conducen el Mercosur. De esta suerte, no es casual que hallara consenso la idea de llevar a cabo una modificación institucional a fin de dotar al es- quema de la legitimidad democrática que carece. Superar este escollo im- plica el tránsito a otro gran tema para nada menor en torno al cual vie- nen girando las discusiones en esta nueva hora.

Convencidos de la necesidad de modificar la estructura orgáni- co-institucional, aparecen las formulaciones que se articulan en relación con la oportunidad de efectuar la transformación, el modo y alcance de plasmar normativamente la reforma y las características de las atribucio- nes que se reconocerán a los órganos institucionales, planteos que no agotan en absoluto una larga lista integrada asimismo, por otras numero- sas cuestiones de equivalente interés[109].

[109] Entre los tantos interrogantes que se plantean cabría agregar los referidos a los órganos que

Fiel reflejo de su relevancia es el trabajo que se viene efectuando en Mercosur, al diseñarse una serie de borradores a través de los cuales se determinan lineamientos globales para avanzar en una reforma integral. El Comunicado Conjunto emitido por los Presidentes en la Reunión cele- brada en Puerto Iguazú, obra de algún modo como fuente de inspiración, al expresar los máximos mandatarios de los países miembros el firme convencimiento que la profundización del bloque hace necesario una re- visión y actualización de los instrumentos originarios como vía de conso- lidación de los logros obtenidos, preparando el esquema para enfrentar los desafíos que impone el futuro[110].

En esta línea y con la profunda convicción de la trascendencia que revisten las alianzas regionales en un mundo globalizado en el cual só- lo formando parte de esquemas asociados es posible insertarse, el CMC aprobó el Programa 2004-2006[111]. Este documento comprende impor- tantes previsiones que dejan entrever la preocupación por profundizar el bloque haciendo hincapié en la carencia de legitimidad aludida y la falta de participación ciudadana.

Así también, la propuesta de efectuar cambios estructurales tuvo eco favorable en amplios sectores imbuidos de la problemática existente en el Mercosur, ya que la posibilidad de su afianzamiento corre por cuer- das paralelas a la institucionalización.

Sin embargo, la ciudadanía en general no está imbuida de un co- nocimiento profundo y diríamos que ni tan siquiera elemental, que la in- duzca a aceptar una reforma que en una primera aproximación pareciera generar una nueva burocracia política. De esta suerte, es fundamental la incorporación efectiva del ciudadano al proceso contemplando las vías conducentes a la participación activa de la población como condición ne- cesaria e indispensable. En tanto no se la reconozca con el protagonismo que le es inherente y se continúe navegando por los carriles actuales, es decir, limitando la intervención a los órganos de poder o negando la po- sibilidad de acceder a los informes elaborados por los técnicos sobre el devenir del bloque, las resistencias que encontrará el proceso en su afán de desarrollo se irán incrementando.

---

deben integrar la estructura, la sede a atribuir en cada caso, la articulación con la sociedad ci- vil, los criterios de jerarquías, el sistema de aprobación de decisiones, el proceso legislativo, etc.

110 Celebrada el 8/7/04.Ver en http: www.secretaria.org.uy

111 Mercosur/CMC/DEC. Nº 26/03.

Desde la arista legislativa, téngase presente que durante los años que lleva el esquema, pese a que la CPC, como se ha dicho, se constituyó inmediatamente de lanzado el proceso, no se observaron en su desenvolvimiento, avances sustanciales en el sentido de dotar al esquema de mayor legitimidad democrática. El hecho de carecer de potestades decisorias –reservadas en forma exclusiva a funcionarios públicos que representan a los cuatro países– a ciencia cierta tuvo influencia para que su des- empeño no fuera relevante en el desarrollo del proceso[112]. Sin embargo, las disposiciones aprobadas en su seno, dejan entrever que dicho objeti- vo, estuvo en las miras del organismo desde la primera hora[113].

Creada con una finalidad sumamente acotada, ha ido extendiendo su campo en lo estructural y material, hecho que se refleja de alguna manera en la Decisión tomada en la última Reunión Cumbre. Empero no están claramente delineadas sus competencias; no cuenta con un soporte económico que coadyuve su accionar; tampoco tiene un reconocimiento institucional que le permita desarrollarse siquiera en las competencias previstas. En su operatividad fáctica, no ha implementado las vías para cubrir las mínimas necesidades que debiera asumir en la actual instancia.

Esta realidad innegable, refrendada por el diagnóstico elaborado por los especialistas europeos,[114] podría comenzar a modificarse en la medida que, se activen los mecanismos aprobados y se respete el tenor de lo dispuesto. Un ejemplo, el Acuerdo Interinstitucional entre el CMC y la CPC.

La institucionalización del bloque es un desafío al que los actuales gobiernos deben dar respuesta. Dependerá del accionar del poder político, sobre todo de aquellos en quienes reside, al tener en su haber el timón del esquema que no es otro que el ejercicio de la atribución que detentan.

La necesidad de un cambio estructural no requiere de más argumentaciones. La viabilidad de llevar a cabo la reforma radica en el valor

---

112 La naturaleza intergubernamental del proceso fundada en las limitaciones constitucionales de Brasil y Uruguay, son factores relevantes para acotar las facultades de este órgano parlamen- tario.

113 Así se expresa en los considerandos de la DISP 10/00, signada por la CPC en Santa Fe, el 28/6/2000.

114 Vid. P. Hontebeyrie, nota 86, p. 6 y ss., R. Alonso García, p. 1 y ss.

que se asigne a la legitimidad democrática y en el respeto que inspiren principios esenciales presididos por dotar al Mercosur de seguridad jurídica. Estos factores son los que entran en juego frente a una carencia que a nuestro parecer, no admite más dilaciones. Ello no implica lanzarnos a la tarea sin la certeza de crear un organigrama eficaz que responda a las expectativas generales. Esta afirmación incardina en el planteo de la oportunidad de proceder y, en función de los motivos esgrimidos, se entiende que no haya habido un Ouro Preto II. Si bien la idea resultaba tentadora en homenaje al hecho de cumplirse diez años de la firma del Protocolo sobre Estructura Institucional signado en la antigua ciudad brasileña –desde un prisma realista– el argumento no era válido. Frente a la importancia de lo que se requiere, debe priorizarse un análisis pormenorizado acerca de cómo llevar adelante el nuevo modelo.

Empero, insistimos en la urgencia del cambio; la única opción que se visualiza en el horizonte es dedicar el 2005 a trabajar arduamente en el minucioso y exhaustivo análisis de las necesidades estructurales del blo- que. La experiencia recogida durante la vigencia del POP es más que ilus- trativa como punto de referencia.

El otro importante factor a tener presente a la hora de empren- der o mejor dicho, continuar con la tarea, se relaciona directamente con los recursos humanos que contabilizamos en el haber para facilitarla. Las dos instituciones permanentes con sede establecida en Montevideo, de- ben asumir un rol esencial: la SM a través del Sector Técnico por un lado, precisará desplegar sus máximos esfuerzos ejerciendo de soporte especí- fico en función de su área y receptora de propuestas emanadas de la so- ciedad civil que quiere hacer oír sus voz en esta reforma. Por otro lado, el CRPM, deberá actuar alentando y dando sustento desde su posiciona- miento e integración orgánica, para llevar adelante el desafío que las nece- sidades imponen. Ambos órganos, así como quienes integran la estructura desde cada posicionamiento, deben concientizarse acerca de la relevancia que adquiere el respeto al principio de transparencia, en el sentido de per- mitir el libre acceso a la sociedad, ávida de conocer los proyectos que se elaboran y las previsiones consideradas más acordes a la idiosincrasia del bloque.

La concreción de esta asignatura pendiente se aquilata como contribución a la paulatina consolidación del sentimiento de “pertenencia” de la ciudadanía al proyecto, empero si la institucionalización no se realiza a partir de una planificación definida y denotando logros certeros y efica-

ces, si no se cuenta con los medios apropiados para que los órganos representativos lleven a cabo sus funciones, es probable que se enfrenten a problemas de credibilidad interna y externa. Los ciudadanos tenemos muy presente tristes experiencias sobre el desempeño de numerosos políticos en nuestros Estados.

En consecuencia, desde la raíz del emprendimiento, el respeto a los principios esenciales debe funcionar a la manera de dogma, esto es ser una constante. No enrolarnos en estas filas traerá como consecuencia un rechazo fundado en el temor del ciudadano de contribuir con su apoyo a reeditar situaciones que confluyen para incrementar la separación perniciosa entre la "clase política" y la sociedad civil causando efectos refractarios que sólo conducirán a nuevas frustraciones.

No está en nuestro ánimo emitir conclusiones acerca de la pro- blemática planteada, sino en todo caso, dejar asentados algunos puntos a modo de reflexiones que se eslabonen a las opiniones vertidas y por ve- nir sobre la institucionalización del Mercosur.

Efectuar un análisis a futuro es factible sólo desde una perspectiva global. La reforma no puede realizarse en forma aislada, se trata de un reto que adquiere sentido en tanto sea parte de una modificación inte- gral de cara a las necesidades estructurales del Mercosur. En este orden de ideas rescatamos tres ejes temáticos en torno a los cuales giran los planteos.

En primer término, es menester establecer la relación existente entre la reforma y el modelo del proceso subregional, incursionando en los criterios que matizan el concepto de soberanía en articulación con la delegación de competencia. Interesa introducirse en la materia a efectos de determinar la necesidad o no, de efectuar modificaciones constitucionales o jurídicas amplias.

En segundo lugar, preocupan dos aristas, a saber, el modo y la oportunidad en que se decida llevar a cabo.

En cuanto al modo, una alternativa consiste en mantener la vigencia de los tratados fundacionales adicionando un nuevo Protocolo tal como se hiciera cuando se elaboró el POP y se mantuvo el Tratado originario; la otra posibilidad, sería elaborar un tratado integral, sustitutivo de los instrumentos jurídicos originarios.

En función de la viabilidad temporal, las opción que avalamos es proyectar la reforma para Buenos Aires 2006, dedicando el año 2005 a

efectuar un análisis profundo, sobre el cual edificar la estructura acorde a los resultados obtenidos.

Abordar la problemática institucional no se reduce a pensar en una opción acotada o efectuar una adecuación simplista del POP; el diseño de un nuevo organigrama es una propuesta sumamente ambiciosa, pero no por difícil irrealizable en las condiciones legales actuales.

El camino puede ser matizado a través de la modificación gradual y paulatina de los principios que obraron de inspiradores del proceso de integración en sus inicios y consecuentemente, tornarlo más participativo. Avanzar con una dinámica que imprima al bloque mayor efectividad re- quiere trabajar en la concientización ciudadana para evitar el rechazo ma- sivo a la hora de dar a conocer el proyecto de modificación. Los pueblos están ávidos de realizaciones con resultados notorios en cuanto al prego- nado desarrollo sustentable con justicia social, manifestando a través de todos los mecanismos posibles la disconformidad de un aumento de la clase política.

Las experiencias vividas en los países *ad intra* justifican en mucho estas posiciones que no pueden ni deben reiterarse en el marco región. En esta línea de pensamiento, se hace necesario que los EP atesoren los beneficios de la integración regional desde todas sus aristas y con bajos perfiles de protagonismo. Un cambio de conducta como el que expone- mos implica una transformación cultural que hay que estar dispuestos a asumir y asimismo, saberla transferir.

Desde otra perspectiva, tengamos presente que la institucionalización trae consigo elevados costos y una cierta burocratización regional. Al considerarse la inversión que supone el proyecto, es menester conocer acabadamente como implementar la reforma y canalizarla de manera transparente.

A nuestro juicio, el cambio en el organigrama no depende de reformas constitucionales previas; lo imperioso es indagar acerca de la vocación política que prevalece en la actualidad pues es la que guía el proceso e influye en su permanente devenir. Los avances y retrocesos que ha sufrido el esquema se compadecen con la actitud gubernamental de los estados, al responder al alineamiento de quien detente el ejercicio del po- der. El bloque no puede continuar dependiendo de la ideología partidaria nacional y en este núcleo es donde se deben también concentrar medu- larmente los esfuerzos.

Finalmente, digamos que resulta de radical importancia dejar de lado el doble discurso y la actitud pendular en el sentido de deambular entre los extremos de las declamaciones y las realizaciones, abocándonos a un accionar coherente conforme lo que señala el Tratado de Asunción en orden a lo que un mercado común implica.

Derecho Internacional Público

El principio de distinción en el derecho internacional humanitario, los combatientes y las personas civiles

Hortensia D. T. Gutiérrez Posse

I | Introducción

El derecho internacional humanitario es la rama del derecho in- ternacional de fuente convencional y consuetudinaria que tiene por obje- to proteger a las víctimas de los enfrentamientos armados a la par que poner límites a los métodos y medios de combate.

En la historia de las relaciones internacionales el derecho de re- currir a las armas era un derecho de los Estados, en tanto que expresión de centralización del uso de la fuerza de una determinada comunidad. Los Estados hacían las guerras y quienes combatían eran sus fuerzas armadas. Ellas atacaban y por cierto podían ser objeto de los ataques de la parte adversa. Sin embargo, no era un derecho absoluto en su ejercicio, puesto que los usos establecidos entre las naciones, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública habrían de garantizar a las poblacio- nes y a los beligerantes un trato humano conforme al Derecho de Gen- tes. Uno de los principios fundamentales de este ordenamiento jurídico era, entonces, el principio de distinción; esto es, que ha de diferenciarse siempre entre beligerantes que recurren a las armas, y por ende pueden ser objeto de ataque, y las poblaciones que no participan en las hostilida- des y en consecuencia no han de ser atacadas.

No obstante la labor de codificación y desarrollo progresivo, em- prendida a partir de mediados del siglo XIX, dos veces durante el siglo XX el recurso de los Estados a la guerra infligió a la Humanidad sufrimien- tos indecibles. Los esfuerzos jurídicos y políticos que se llevan

a cabo des-

de la vigencia de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas pa- ra establecer criterios de legalidad en el empleo de la fuerza armada, la conclusión de otros tratados –también con vocación de universalidad– regulando medios y métodos de combate y ampliando el ámbito de pro- tección de las víctimas de los conflictos armados, y la institución de tribu- nales penales internacionales –por resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad o mediante tratados– para conocer en las infracciones gra- ves de este ordenamiento jurídico en las que incurran individuos, tampo- co parecen fructificar en un siglo XXI en el que los medios de comunica- ción día a día exhiben el horror de los enfrentamientos.

La guerra, como lucha armada entre dos o más Estados, es al presente sólo una de las formas que asumen los combates. Otro tipo de conflictos armados pueden surgir entre ellos, aun cuando no se reconoz- ca el estado de guerra. Los pueblos pueden luchar contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. Por otra parte, en el territorio de un Estado el conflicto armado puede desarrollarse entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; y aun, los enfrenta- mientos pueden tener como protagonistas a grupos armados organiza- dos en el territorio de un Estado.

En este escenario de conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional el derecho internacional humanitario sigue siendo el ordenamiento jurídico aplicable. Sus principios –de fuente convencional y consuetudinaria– siguen vigentes. La distinción entre quienes participan y quienes no participan directamente en las hostilidades, tanto en lo que hace a la subjetividad internacional de los que llevan a cabo operaciones militares como en lo que concierne a quienes han de ser objeto de protección, sigue siendo un principio fundamental de este ordenamiento jurídico pero las nuevas amenazas que se insinúan parecerían ignorarla. Las más de las veces, este principio básico se desdibuja en desmedro de los que más sufren: las personas civiles. Un intento de profundizar su sentido y alcance en el marco de los conflictos que asolan al mundo contemporáneo quizás constituiría una contribución para recordar siempre que los enfrentamientos armados tienen límites y que las víctimas han de ser protegidas; a ello se dedicarán estas páginas.

II | Los conflictos armados

En una Declaración adoptada por los Estados en San Petersburgo, en 1868, se reconocía que las necesidades de la guerra tienen como límite las exigencias de la humanidad. De este modo, se asentaba que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de la fuerzas militares del enemigo a cuyo fin basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres. Con su adopción, conteniendo la invitación a todos los Estados que no hubiesen participado en las deliberaciones a unirse a tal compromiso, quedaba abierto el camino de la codificación y el desarrollo progresivo de las normas del derecho internacional humanitario en cuanto pone límites a los métodos y medios de combate.

En 1899 y en 1907, en las Conferencias de Paz de La Haya, se adoptaron una serie de tratados a fin de revisar las leyes y costumbres generales de la guerra. Estos acuerdos habrían de servir de regla de conducta a los beligerantes en sus relaciones entre sí y con las poblaciones y tendrían por objeto determinar con más precisión los derechos y los deberes de las potencias neutrales así como la situación de los individuos neutrales en sus relaciones con los beligerantes. De este modo, por la Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre los Estados parte se obligan a instruir a sus fuerzas armadas, siendo responsables de las violaciones que ellas pudiesen cometer. En el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo a esta Convención, se precisa que los derechos y deberes de la guerra no se refieren solamen- te al ejército, sino también a las milicias y a los cuerpos de voluntarios siempre que tengan a la cabeza una persona responsable por sus subal- ternos; tengan una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; lle- ven las armas ostensiblemente; y se sujeten en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Por otra parte, los habitantes de un territorio no ocupado que al aproximarse el enemigo tomen espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de or- ganizarse conforme a las precisiones mencionadas, también han de ser considerados como beligerantes si llevan las armas ostensiblemente y si respetan las leyes y costumbres de la guerra. En ese sentido, en este Tra- tado se acuerda que todos los beligerantes no tienen un derecho ilimita- do en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo y, en particular, es prohibido atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio

que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos. Los miembros de las fuerzas armadas de las partes beligerantes cuando sean capturados por la parte adversa, tienen derecho a un tratamiento particular; esto es, el estatuto de prisioneros de guerra a quienes las sociedades de socorro pueden asistir. En la Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre a la par que se reconoce la inviolabilidad del te- rritorio de una potencia neutral se establece que los nacionales de un Es- tado que no tome parte en la guerra han de ser considerados como neu- trales. En lo que hace a las obligaciones de los beligerantes y de los neutrales en lo relativo al servicio de enfermos y heridos, éstas debían re- girse por otro tratado internacional –la Convención de Ginebra, de 1864– gestado por iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja como punto de partida de la codificación y el desarrollo progresivo de las normas del derecho internacional humanitario en cuanto protege a las víctimas de los conflictos armados.

Los objetivos de este ordenamiento jurídico quedaban plasmados, entonces, en tratados multilaterales sobre la base de la obligación de distinguir entre quienes atacan –pudiendo ser atacados– y aquellos a quienes se prohíbe atacar en razón de encontrarse protegidos por sus normas. Ahora bien, la Convención IV de La Haya de 1907 contenía una expresa disposición según la cual sus reglas –en tanto que tratado inter- nacional– sólo eran aplicables entre las Potencias Contratantes y única- mente si los beligerantes eran partes en la Convención. Sin embargo, es- ta disposición no implicaba ignorar otra fuente del derecho internacional; es decir, el derecho consuetudinario. En efecto, en el Preámbulo de este tratado se expresa que mientras se formase un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgaban oportuno de- clarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamen- tarias que adoptaban las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preco- nizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las le- yes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja y por invitación del Consejo Federal Suizo, se reunió en Ginebra en 1949 la Conferencia Diplomática para ela- borar Convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra. En su ámbito se adoptaron el 12 de agosto de ese año el

Conve-

nio I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Estos tratados, con excepción de una norma que es común a todos ellos, se aplican en situación de conflicto armado internacional. Es decir, en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado, aunque una de las partes no haya reconocido el estado de guerra, y se aplican también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. De este modo, toda situación de tensión entre Estados que conduzca a la intervención de sus fuerzas armadas habría de considerarse que objetivamente constituye este tipo de conflicto, independientemente del número de víctimas, el tipo o la envergadura del armamento o la duración de los enfrentamientos[1]. Por otra parte, también se configuraría un conflicto armado internacional al que le serían aplicables las disposiciones pertinentes de los Convenios, aun cuando las operaciones militares transcurriesen en el territorio de un solo Estado, en él se enfrentasen las fuerzas armadas de un Estado y tropas armadas que actuasen en el interés o bajo el con- trol global de un tercer Estado[2].

Ahora bien, el artículo común a los textos de los cuatro Convenios –el artículo 3– comportó en el momento de su adopción la incorporación de una materia nueva en el ámbito del derecho internacional hu-

[1] Convenios, artículo 2 común, en el que al no efectuarse distinción alguna al respecto no correspondería hacerla. Sin embargo, ha de tenerse presente que algunos Estados han formulado declaraciones interpretativas en el sentido de considerar aplicables las disposiciones de los Convenios y del Protocolo I Adicional a los Convenios, también aplicable a los conflictos armados internacionales, sólo cuando el nivel de las operaciones alcanza –al menos– el requerido para la aplicación del Protocolo II Adicional a los Convenios y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional; es decir, cuando se trate de operaciones de tipo militar, sostenidas y concertadas.

[2] C*onfr.*, Tbruinal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case Nº IT-94-1-A, *Judgement*, 15-VII-1999; *Vid*. al respecto, de la autora,“El Estado y sus Agentes en la Comisión de Crímenes Internacionales”, en *Estudios de Derecho Internacio- nal en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner,

2002, pp. 577 y sigs.

manitario. En efecto, en él se establecen normas mínimas que cada parte habrá de aplicar, ya no en el caso de un conflicto armado internacional, sino en el que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de un Estado. Esto es, que en el derecho internacional humanitario –como rama del derecho internacional– por primera vez en 1949 se regulan tanto los conflictos armados internacionales como los conflictos armados sin carácter internacional, independientemente del estatuto jurídico que las partes se atribuyan o se reconozcan recíprocamente; se trate de la opinión de gobiernos o de la del grupo –o grupos armados– que pudiesen enfrentarse.

Ahora bien, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, por el hecho de su aceptación generalizada, constituyen tanto una fuente convencional como consuetudinaria de derechos y obligaciones que vinculan en lo pertinente a todas las partes en un conflicto armado –tenga éste, o no, ca- rácter internacional– y en ese sentido son la expresión concreta de los prin- cipios generales del derecho internacional humanitario[3]. Por otra parte, es- tas normas jurídicas no se basan en la reciprocidad[4], sino que comportan obligaciones *erga omnes*, no sujetas a condición alguna, muchas de las cua- les tienen el carácter de *jus cogens*[5]. Por cierto, todas ellas se fundamentan en la necesidad de distinguir entre los beligerantes y las poblaciones.

3 CIJ, caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, Nicaragua v. Estados Unidos, *Rec., 1986,* paragr. *218-219*; opinión consultiva sobre *La legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares; Rec.* 1996, paragr. 79; TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case Nº IT-94-1-AR72, 2-X-1995; paragr. 98, 117 y sentencia en Apelación, 15-VII-1999;Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR), *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998, pa- ragr. 608.

4 Convenios de Ginebra de 1949, I/ 51, II/ 52, III/ 131, IV/ 148, en los que se dispone que nadie puede exonerarse ni exonerar a otros de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de las infracciones graves al derecho internacional humanitario; Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, art. 60. 5, en el que se dispone que la violación de un tratado no puede alegarse como causal de terminación si sus disposiciones están re- feridas a la protección de la persona humana en tratados de carácter humanitario.

5 TP IY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, Case Nº IT-95-16-T, *Judgement,* 14-I-2000, en el que se rechazó la defensa *tu quoque* basada en que los ataques contra la población

musul- mana se justificaban porque ataques similares habían sido llevados a cabo por fuerzas mu-

Frente al advenimiento de nuevas tecnologías en lo relativo a armamentos así como en razón del permanente aumento de las guerras civiles, las guerras de guerrilla y la aparición de nuevos tipos de conflicto como las guerras de liberación nacional, se impusieron nuevas prioridades en el ámbito del derecho internacional humanitario. Por ello, en 1974 se decidió reforzar la protección de las víctimas de los conflictos armados convocándose a una nueva Conferencia Diplomática en Ginebra en la que los Estados adoptaron en 1977 dos nuevos tratados cuyos proyectos habían sido preparados por el Comité Internacional de la Cruz Roja; los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. El Protoco- lo Adicional I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos ar- mados internacionales, y el Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Cabe señalar que en los dos Protocolos están reunidas lo que hasta ese mo- mento constituían las dos ramas del derecho internacional humanitario; es decir, contienen normas tanto sobre límites a los métodos y medios de combate como disposiciones relativas a la protección del ser humano en situación de conflicto armado. En ese sentido, si bien los Estados siguen siendo soberanos dentro de su territorio, en virtud del Protocolo II han aceptado –en caso de que allí tenga lugar un conflicto armado sin carác- ter internacional– ciertos límites en la elección de los métodos y medios de combate así como respetar normas mínimas de protección de la per- sona humana. De este modo, un Estado puede recurrir a la fuerza para restablecer el orden en su territorio pero estará sujeto a restricciones de- rivadas del derecho internacional humanitario, conciliándose las necesida- des humanitarias y la seguridad del Estado[6]. Así, normas convencionales pero también normas de fuente consuetudinaria regulan toda situación

---

sulmanas contra la población croata. El Tribunal declaró que tal defensa ignoraba la naturaleza de las normas del derecho internacional humanitario ya que sus reglas no se basan en la reciprocidad sino que comportan obligaciones *erga omnes*, no sujetas a condición alguna, muchas de las cuales tienen el carácter de *jus cogens,* agregando que este concepto ya está incorporado en el artículo 1, común de los Convenios de Ginebra de 1949; paragr. 517. En esta norma, a la que se refiere el Tribunal, se establece que las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar sus disposiciones “en todas las circunstancias”.

[6] El Protocolo Adicional II establece en el art. 3. 1 que “No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la res-

objetiva de conflicto armado; de ambas fuentes emergen los principios generales del derecho internacional humanitario. En ese sentido, y en particular en lo que hace al amparo de los civiles de los efectos de las hostilidades, cabe mencionar la protección de la población civil de ataques indiscriminados, la protección de los bienes de carácter civil, la protección de los que no toman o han dejado de tomar parte directamente en las hostilidades así como la prohibición del recurso a ciertos métodos o medios de combate[7;] principios –todos ellos– basados en la distinción entre civiles y beligerantes.

La aplicación de este ordenamiento jurídico a toda situación de conflicto armado es independiente de la legalidad o ilegalidad del recurso a la fuerza; es decir, de determinar la parte que tiene derecho a recurrir a las armas y por ende también podrá ser objeto, legítimamente, de ataque[8.] Así, el ámbito material de aplicación del derecho internacional humanita- rio en situación de conflicto armado internacional se configura cuando se enfrentan Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el Estado de guerra; en caso de ocupación total o parcial del territorio de un Estado, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar; cuando los pueblos

ponsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos"; asimismo el art. 8. 3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma en 1998 y que se encuentra en vigor desde el 1-VII-2002, dispone que nada de lo allí dispuesto en materia de crímenes de guerra en situaciones de conflictos armados que no son de índole internacional "afectará la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo".

7 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N IT-94-1-AR72, 2-X-1995; paragrs. 112, 116, 127 con fundamento en las Resoluciones de la Asamblea General 2444 (XXIII), adoptada en 1968 y 2675 (XXV), adoptada en 1970, consideradas como declaratorias del derecho consuetudinario.

8 La licitud del empleo de la fuerza armada –esto es, el *jus ad bellum*– se encuentra regulado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y en normas que derivan de ella en tanto que el derecho internacional humanitario regula el *jus in bello;* esto es, el comportamiento en situación de conflicto armado; véase Bugnion, François, "Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiem-

bre de 2002, vol. 84, nº 847, pp. 523 y sigs.

luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio de su derecho a la libre determina- ción, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[9]; y cuando en el territorio de un Estado se enfrentan sus fuerzas armadas y tropas armadas que actúan en el interés o bajo el control global de un tercer Estado[10].

Sin perjuicio de ello, reglas del derecho internacional humanitario también se aplican a un conflicto armado sin carácter internacional[11]. En ese sentido, ya se ha hecho referencia al artículo 3 común a los Conve- nios de Ginebra de 1949 –de naturaleza convencional y consuetudinaria- y al Protocolo Adicional II de 1977 que lo desarrolla y completa sin por ello modificar sus condiciones de aplicación. Es decir, entonces, que distin- tas situaciones que transcurran en el territorio de un Estado pueden con- figurar un conflicto armado sin carácter internacional. En ese sentido, el Protocolo II, al precisar su ámbito de validez material, establece que sus normas serán pertinentes cuando se reúnan una serie de condiciones; es- to es, que los enfrentamientos se desarrollen en el territorio de un Esta- do, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos ar- mados que se encuentren organizados. Estos grupos han de estar bajo la dirección de un mando responsable y han de ejercer sobre una parte del territorio del Estado un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las normas del Protocolo[12]. Es-

---

9 Convenios, art. 2 común y Protocolo I, art. 1.

10 En opinión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia el criterio de la pertenen- cia a una Parte en el conflicto, asociado con el de combatiente que emerge del Convenio III, resulta adecuado para determinar que un conflicto armado tiene el carácter de interna- cional; *confr.* TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, *Judgement,* 15-VII-1999, pa- ragr. 116, 137, en el que se estableció que el conflicto armado entre las fuerzas armadas de Bosnia y Herzegovina y las fuerzas serbo-bosnias constituía un conflicto armado internacio- nal.

11 Sobre el alcance de las normas a aplicar a un conflicto armado sin carácter internacional *vid*. Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

[12] Protocolo Adicional II, art. 1.

tos requisitos sentados en el Protocolo II son más precisos –y aún cabría decir más exigentes– que los fijados en el artículo 3 común. En efecto, en esta norma –al establecerse las obligaciones de las partes involucradas– sólo se requiere que el conflicto armado no sea de índole internacional y que surja en el territorio de un Estado.

Ahora bien, el hecho de que el derecho internacional humanitario regule las tres situaciones a las que se ha hecho referencia, no implica que se apliquen a ellas –en modo idéntico– las misma normas. En efecto, algunas disposiciones serán específicas de los conflictos armados internacionales en tanto que otras regirán los que no tienen carácter internacional, según se trate –en su caso– del ámbito de validez material del Protocolo II o del contemplado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949[13].

Sin embargo, en el desarrollo progresivo de este ordenamiento jurídico todavía cabe considerar un supuesto más de conflicto armado sin carácter internacional regulado por sus normas. Esto es, que conforme lo ha interpretado la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *adhoc*[14] instituidos por el Consejo de Seguridad para la ex-Yugoslavi[15] y para Ruanda[16] y se refleja en el Estatuto de la Corte Penal Internacional[17], este tipo de conflictos puede transcurrir en el territorio de un Estado no sólo cuando participen las autoridades gubernamentales y grupos arma- dos organizados sino también cuando los que se enfrenten sean sólo gru- pos armados, prolongándose la violencia; y ello, independientemente de un control territorial.

---

13 TPIR, *Le Procureur c.. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement,* 2-IX-1998, en el que se seña- ló que en el ámbito del derecho internacional humanitario debe hacerse una clara distinción, en cuanto a su aplicación, entre las situaciones de conflicto armado internacional en las que todas sus normas resultan pertinentes; situaciones de conflicto armado sin carácter interna- cional en las que se aplican el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II; y los conflictos armados sin carácter internacional en los que sólo tienen pertinencia las disposiciones del art. 3 común.

14 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jursidiction,* Case Nº IT-94-1-AR72, 2-X-1995, paragr. 70.

15 Consejo de Seguridad, Resolución 808 (1993).

16 Consejo de Seguridad, Resolución 955 (1994).

17 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8. 2. f).

De este modo, ciertos principios generales, que originariamente regulaban la guerra entre Estados, gradualmente se han tornado aplicables a toda situación de conflicto armado –se trate de un conflicto armado internacional, se trate de un conflicto armado sin carácter internacional[18]– y desde que en todo supuesto un objetivo central de este ordenamiento jurídico es la protección de las víctimas, indudablemente para lograrlo siempre se habrá de distinguir entre beligerantes y poblaciones civiles.

Así, en materia de protección a las víctimas, cada una de las partes involucradas en el conflicto debe –al menos– tratar con humanidad en toda circunstancia y sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo, a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa[19].

Cabe tener en cuenta, entonces, que un conflicto armado existe con un criterio objetivo cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o la violencia armada se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado[20]. Por cierto, las normas a aplicar –de fuente convencional y consuetudinaria– diferirán según se trate de los distintos tipos de conflicto. Sin embargo, todos aquellos que violen las prohibiciones que en cada caso están obligados a respetar serán individualmente responsables en el ámbito del derecho internacional penal[21].

---

[18] TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jursidiction,* Case Nº IT-94-1-AR72, 2-X-1995, paragr. 126.

[19] Convenios, art. 3 común y derecho consuetudinario de contenido idéntico que, por tratarse de un mínimo de protección que ha de brindarse es aplicable a toda situación de conflicto armado.

[20] Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8, 2. f).

[21] TPIY, *The Prosecutor v. Anto Furundzija,* Case Nº IT-95-17/1-T, *Judgement,* 10-XII-1998, paragr. 140, en el que el Tribunal señaló que tanto las normas convencionales como el derecho con- suetudinario imponen obligaciones a los Estados y a otras entidades en un conflicto arma- do pero, por encima de todo, se dirigen a individuos; en particular, los agentes del Estado y, en general, los oficiales de una parte en el conflicto o individuos que actúan por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de una parte en el conflicto; es decir, vinculados

Ahora bien, de todo lo expuesto surge que el derecho internacional humanitario no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos[22], ya que ellas suelen estar reguladas por el derecho interno del Estado y, en lo pertinente, por el derecho internacional de los derechos humanos.

En ocasiones, sin embargo, la caracterización de una situación como conflicto armado sin carácter internacional no resulta del todo clara, quizás debido a una renuencia del gobierno del Estado en admitir una escalada en los hechos que transcurren en su territorio. Un elemento objetivo que parece tener pertinencia a tal fin, en razón de que tanto el Protocolo II como el Estatuto de la Corte Penal Internacional se refieren a él, es el de que la violencia se prolongue, no tratándose ya más de actos aislados[23]. En este supuesto, independientemente de la opinión de las autoridades gubernamentales, las normas del derecho internacional humanitario resultan aplicables a una situación que se configura como un conflicto armado sin carácter internacional; y ello, en todo el territorio del Estado[24], vinculando a cada una de las partes en ese conflicto[25]. En alguna ocasión la consideración de este elemento se ha dejado de lado para privilegiar el hecho de que en un enfrentamiento participasen las fuerzas armadas del Estado en una operación de tipo militar[26]. Sin embargo, las normas vigentes a las que se ha hecho referencia no parecerían brindar sustento sufi-

en algún modo a ella; *confr., Le Procureur v. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, *Jugement et Sentence*, 21-V-1999, paragr. 175.

22 Protocolo II, art. 1. 2; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8. 2 d) y f).

23 Protocolo II, art. 1. 1 en el que al establecerse los recaudos del ámbito de aplicación material de sus normas se dispone que los grupos armados han de estar en condiciones de rea- lizar operaciones militares sostenidas; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8. 2 f) que requiere la existencia de un “conflicto armado prolongado”.

24 TPIY*, The Prosecutor v. Dusko Takic,* Case Nº. IT-94-1-AR 72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, paragr. 69-70.

25 El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 dispone que las prohibiciones allí contenidas comportan obligaciones que “cada una de las Partes en conflicto” deberá respetar.

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *La Tablada,* en el que no obstante que la confrontación se prolongó sólo durante aproximadamente treinta horas, la Comisión

ciente a esta interpretación. Por cierto, el hecho de que se lleven a cabo operaciones militares por las fuerzas armadas de un Estado podría dar lugar a que se configure este tipo de conflicto armado, e inclusive a que se tornen aplicables las normas del Protocolo II, pero esta situación –si se tratase sólo de un hecho esporádico– no parecería habilitar la aplicación del derecho internacional humanitario como *lex specialis*[27]. Así, la prolon- gación de la violencia podría considerarse como un primer elemento a te- ner en cuenta para determinar objetivamente la aplicación de las regula- ciones pertinentes de este ordenamiento jurídico y, por ende, del principio de distinción.

Un segundo elemento que surgiría de la interpretación de las normas vigentes es el de que esa prolongación de la violencia tenga co- mo protagonistas a quienes asuman el carácter de partes en el conflicto. La condición de parte, a la que expresamente se refiere al determinar su ámbito personal de aplicación el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, en algún modo se esclarece al considerarla a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, este tratado requiere para su aplicación en materia de crímenes de guerra que la violencia se prolongue, participando en ella las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o grupos armados que tengan tal carácter[28]. Es de- cir que, si bien indiscutiblemente la condición jurídica de parte en un con- flicto armado sin carácter internacional la tienen las fuerzas armadas del Estado cuando intervienen en él, en lo que hace a los grupos armados –para tener el mismo carácter– éstos han de encontrarse organizados, llevando a cabo operaciones militares prolongadas. Es decir, que las tácticas

entendió que el artículo 3 común era aplicable en razón de que los ataques eran concertados, las fuerzas armadas gubernamentales estaban involucradas y la naturaleza y el nivel de violencia alcanzado; CIDH, *Informe 55/ 97,* Caso N 11.137 (Argentina), 30-X-1997, paragr. 154-156.

[27] C. I. J., opinión consultiva sobre *La legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Rec. 1996*, paragr. 25; sobre la relación con el derecho internacional de los derechos humanos, véase, entre otros, Doswald-Beck, Louise – Vité, Sylvain, "International Humanitarian Law and Human Rights Law", *International Review of the Red Cross*, Nº 293, march-april 1993, pp. 94 y sigs.

[28] Estatuto, art. 8 2. f); *confr.* TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al.*, Case Nº IT-96-21, *Judge- ment,* 16-XI-1998, paragr. 184.

que se empleen sean de tipo militar, respetándose, por ende, los principios de necesidad y proporcionalidad según los cuales los objetivos mili- tares se limitan a aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o uti- lización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan en las circunstancias del caso una ventaja militar concreta y directa- y encontrándose vedados los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea la de aterrorizar a la población civil[29]. Por otra parte, ello implica que el grupo –como tal– está en condiciones de respetar las normas pertinentes del derecho internacional humanitario. De este modo se excluye otorgarles idéntica condición a bandas que en muchas oportunidades suelen operar en este tipo de conflictos, asolando a las partes –y aun a quienes acuden para brindarles asistencia humanitaria– y, las más de las veces, dificultando que se llegue a entendimientos puesto que la persistencia del conflicto les suele brindar un marco de beneficio personal.

La existencia de partes en un conflicto armado –sean éstas Estados o grupos armados organizados– comporta la atribución a sus miembros de la subjetividad jurídica internacional a los fines de la aplicación del derecho internacional humanitario; esto es, el establecimiento de concre- tos derechos y obligaciones que les son oponibles en virtud de este or- denamiento jurídico e independientemente de la legalidad o la ilegalidad del recurso a la fuerza armada[30]. Por otra parte, si esta premisa se acepta, implícitamente se concuerda en que a los fines de la protección de las víc- timas necesariamente ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades en razón de su pertenencia a las partes –y por ende, son centro de imputación de estas normas jurídicas– y aquellos individuos que no participan en ellas. Esto es, ha de diferenciarse entre combatien- tes y población civil, respetándose de este modo uno de los principios bá-

---

[29] Protocolo I, arts. 51, 52. 2, 57. 2. iii) y Protocolo II, art. 13.

[30] Si bien la subjetividad jurídica de los miembros de grupos armados en un conflicto armado sin carácter internacional es objetiva, tiene carácter transitorio puesto que o bien el grupo tie- ne éxito y se constituye en el nuevo gobierno, o en un nuevo Estado, o bien es derrotado por el gobierno del Estado. El Protocolo II no prejuzga al respecto desde que al contemplar el cese de las hostilidades, en el art. 6, se refiere a "las autoridades en el poder" como las ha- bilitadas para considerar la concesión de amnistías; *vid.* Zegveld, Liesbeth, *The*

Accountability of Armed Opposition Groups in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

sicos del derecho internacional humanitario cual es el principio de distinción; y ello, en toda situación de conflicto armado sea éste internacional o no tenga tal carácter.

III | Los combatientes

El principio de distinción es, entonces, uno de los principios fundamentales que emergen de los cuatro Convenios de Ginebra 1949 y de sus dos Protocolos Adicionales de 1977, teniendo también, por el hecho de su aceptación generalizada[31], una naturaleza consuetudinaria. De él emana la obligación de distinguir en todo momento entre combatientes y no combatientes. Así, las partes en conflicto –se trate de miembros de fuerzas armadas o de grupos armados organizados– habrán de hacer, en

---

[31] Al respecto baste recordar la verificación en tal sentido en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales; CIJ, caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, Nicaragua v. Estados Unidos, *R1e9c8.,6,* y opinión consultiva sobre *La legalidad de la amena- za o el uso de armas nucleares, Rec. 1996*; TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Takic,* Case Nº. IT-94- 1-AR 72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995; TPIR, *Le Procureur c.Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement,* 2-IX-1998; las instrucciones del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, de 1999, sobre la Observan- cia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas
–ST/SGB/1999/13– así como también Declaraciones por las que se ha expresado encontrarse vinculado por los principios del derecho internacional humanitario, tales como las formuladas en 1958 por el comandante del Frente de Liberación Nacional, durante el conflicto en Argelia; por MoisésTshombé en 1961, como jefe de la provincia de Katanga en el Congo; o por el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional con relación al conflicto en El Salvador, en 1988; entre otras. Uno de los principios contenidos en la Resolución A/2444 (XXIII) es el de que en todo momento debe distinguirse entre las personas que to- man parte en las hostilidades y los miembros de la población civil con el objeto de que és- ta sea respetada lo más posible; en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1907 re- lativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre ya se expresaba que sus disposiciones "están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes en sus relaciones entre sí y con las poblaciones" y el, llamado, Código Liber –las Instrucciones

Militares adop-

todas las circunstancias, la distinción entre la población civil y los combatientes, con miras a respetar a la población. En consecuencia, ni la población civil como tal, ni las personas civiles serán objeto de ataques. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin discriminación alguna.

Es decir, que el principio de distinción está directamente vinculado con los conceptos, por una parte, de combatientes y, por la otra, con el de personas civiles y población civil. Ahora bien, ante la realidad de los conflictos armados actuales, el problema que se plantea es el de determinar si en toda circunstancia cabe identificar al combatiente con quien participa directamente en las hostilidades y, en virtud de ello, con la persona que goza de los derechos y ha de cumplir las obligaciones que contempla el derecho internacional humanitario; entre ellas, precisamente, la de respetar a las personas civiles.

Las normas de los Convenios de Ginebra de 1949 aplicables a los conflictos armados internacionales distinguen claramente entre combatientes y población civil aun cuando en estos tratados no se definan una y otra categoría jurídica. En efecto, el Convenio III está referido al trato debido a los prisioneros de guerra y el Convenio IV a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, precisándose en el primero de estos tratados las personas que han de ser objeto del estatuto jurídico que allí se establece a partir del momento que caigan en poder de la parte adversa[32] en tanto que en el segundo se dispone que ampara a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto

tadas por el Presidente de los Estados Unidos en 1863- que en el art. 22 establecía que un civil desarmado debía ser respetado en su persona, propiedad y honor en la medida en que las exigencias de la guerra lo permitiesen.

[32] Convenio III, art. 4; el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en el art. 3, establecía que las fuerzas armadas de las partes beligerantes -fuesen combatientes o no combatientes- tienen derecho al tratamiento de prisioneros de guerra que se preveía en este tratado.

o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas[33]. Por ende, entre quienes tienen la condición jurídica de prisioneros de guerra con motivo de un conflicto armado internacional se encuentran los combatientes; es- to es, quienes han atacado o han sido objeto de ataques en razón de su pertinencia a una de las Partes en el conflicto. Las personas civiles ampa- radas por el Convenio IV, en cambio, no podrán ser objeto de ataques pe- ro tampoco podrán dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado en cuyo poder se encuentren[34], pudiendo ser internadas[35] o, en caso de ocupación, ser sometidas a la jurisdicción de los tribunales milita- res de la Potencia ocupante por infracciones a las disposiciones penales que ésta haya promulgado para garantizar su seguridad[36].

El artículo 3 común –aplicable a los conflictos armados que no sean de índole internacional– se refiere, en cambio, a "las personas que no participen directamente en las hostilidades" como el objeto de la protec- ción que allí se establece; en tanto que los sujetos obligados a no llevar a cabo las conductas que expresamente se prohiben son "las partes en el conflicto". Como ya se ha señalado, las partes en este tipo de conflicto pueden ser tanto autoridades gubernamentales como miembros de gru- pos armados organizados. Esto es, que podría considerarse que la obliga-

[33] Convenio IV, art. 4 en el que, a más, se precisa que las personas protegidas por el Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en cam- paña o por el Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar o por el Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, no se considera que son personas protegidas por este Convenio.

[34] Convenio IV, art. 5, en el que se dispone que si en el territorio de una Parte en conflicto o en territorio ocupado se tienen serias razones para considerar que una persona protegida por sus normas resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, o si se dedica a ellas, ha de perder privilegios que se le confie- ren en virtud de este Convenio.

[35] Convenio IV, arts. 42, 43 y concordantes, referidos al régimen jurídico de los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto.

[36] Convenio IV, arts. 64, 66, 68 y concordantes, sobre la legislación penal en un territorio ocu- pado y su aplicación, en los que se establece que si bien en principio permanece en vigor la legislación penal del territorio ocupado, ejerciendo su competencia con relación a ella los tri- bunales del territorio ocupado, la Potencia ocupante puede imponer a la población las nor-

mas que fuesen indispensable para garantizar la administración normal del territorio y la se-

ción recae en quienes lleven a cabo operaciones militares sostenidas como agentes de un Estado[37] y en quienes lo hagan por un determinado grupo bajo un mando responsable. Así, serían combatientes los miembros de las fuerzas armadas y también lo serían quienes pertenezcan a un grupo que lleve a cabo actos hostiles en modo prolongado y se encuentre organizado. Sin embargo, en esta norma no se menciona expresamente a unos y otros como a los "combatientes" sino que la referencia es a "personas" que han de ser amparadas[38].

guridad, pudiendo someter a los acusados de infracciones a ellas y a sus tribunales militares a condición de que éstos funcionen en el país ocupado. Las condenas que se dicten deberán ser la consecuencia de un proceso legal y la pena de muerte sólo puede preverse para los mayores de dieciocho año cuando fuesen culpables de espionaje, de actos graves de sa- botaje contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante o de infracciones intencio- nales que causen la muerte de una o de varias personas a condición de que, en la legisla- ción del territorio ocupado, vigente antes del comienzo de la ocupación, se prevea la pena de muerte en tales casos.

37 El término "agente del Estado" se emplea en este contexto para designar a todos aquellos que en virtud del ordenamiento jurídico del Estado gocen de las prerrogativas del ejercicio del poder público –en especial el poder de coacción mediante el empleo de la fuerza armada–, incluyéndose con tal alcance a las fuerzas armadas del Estado, independientemente de las funciones que las personas cumplan en ellas, pero también a otros cuerpos a quienes el Estado –*de jure* o *de facto*– pudiese atribuirles tal poder. Sin embargo, quedan excluidos de tal condición mercenarios o grupos de mercenarios que se pudiesen reclutar; *confr.,* Protocolo I, art. 47; Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiamiento y Entrenamiento de Mercenarios de 1989 y Convención de la OUA para la Eliminación de Mercenarios en Africa; la Convención de La Haya de 1907 relativa a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre, arts. 4 y 6, ya disponía que no se pueden formar cuerpos de combatientes ni abrir oficinas de alistamiento en el territorio de una potencia neutral en provecho de los beligerantes, no quedando com- prometida la responsabilidad de una potencia por el hecho de que algunos individuos pasen aisladamente la frontera con el objeto de ofrecer sus servicios a algunos de los beligerantes.

38 Jean Pictet al comentar el artículo 3 común, señalaba que en su opinión "...queda claro que a quienes se aplica este artículo es ante todo a las personas civiles, es decir, a quienes no llevan armas..."; *vid.* texto de los *Comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949* en

El Protocolo Adicional I, de 1977, aplicable a los conflictos armados internacionales, a más de contener expresamente la obligación de las Partes en conflicto de distinguir en todo momento entre población civil y combatientes[39], aporta una precisión al establecer las categorías de personas que han de entenderse como combatientes y definir por exclusión a las personas civiles[40]. El Protocolo II, en cambio, retomando la terminología del artículo 3 común, se refiere a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas cuando se establece el trato humano que ha de otorgarse en caso de un conflicto armado sin carácter internacional[41].

Es decir, que en la primera situación el principio de distinción apa- rece claro, siendo aplicable entre combatientes y población civil en razón de la pertenencia de los combatientes a las fuerzas armadas de una par- te en conflicto. En la segunda –esto es, la situación de un conflicto arma- do sin carácter internacional– no media una definición convencional de combatiente aun cuando se prohíban determinados métodos de comba- te y se establezca una protección específica de la población civil y de las personas civiles[42]. En este supuesto, si bien el principio de distinción ha de respetarse desde que la protección de la población civil como tal requie-

---

[39] Protocolo I, art. 48.

[40] Protocolo I, arts. 43, 44 y 50; en el inciso 2. de esta última norma se agrega que la población civil comprende a todas las personas civiles.

[41] Protocolo II, art. 4.

[42] Protocolo II, art. 13; *confr.,* Resolución A/ 2444 (1968), paragr. 1. c) –aplicable a todo tipo de conflicto armado– en la que se dispone que se debe distinguir en todo tiempo entre las personas que toman parte en las hostilidades y los miembros de la población civil con el obje- to de que ésta sea respetada lo más posible y la Resolución A/ 2675 (1970) en la que se agrega que han de tomarse todas las medidas necesarias tendientes a prevenir daños en la población civil; la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* señaló que el principio de protección, y su con- secuencia el principio de distinción, comporta la prohibición de usar armas que sean incapa- ces de distinguir entre objetivos militares y civiles; CIJ., *Rec.* 1996, paragr. 78; asimismo, la Co- misión Interamericana de Derechos Humanos considera que la prohibición de llevar a cabo ataques sin adoptar las medidas de precaución tiene el carácter de norma consuetudinaria aplicable a todo grupo armado; CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Hu- manos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, 26-II-1999, paragr. 40.

re diferenciarla de los combatientes, la norma convencional no caracteriza al sujeto de derecho sobre el cual recae la obligación[43]. La diferencia que se señala entre las regulaciones del Protocolo I y las contenidas en el Protocolo II, a pesar de haber sido adoptados sus textos en la misma Conferencia Internacional, quizás pudiese deberse al hecho de que en aquel momento los Estados percibiesen dificultades político-jurídicas para admitir con efectos en sus ámbitos internos una noción de "combatiente" que comprendiese no sólo a sus fuerzas armadas. En efecto, si así fuese ningún combatiente podría ser penalizado por el mero hecho de participar en las hostilidades. De este modo, no parecería haber estado en la intención de los Estados otorgar tal trato a los miembros de grupos arma- dos organizados que llevasen a cabo en sus territorios operaciones militares sostenidas y concertadas[44]. Ello sería así, máxime, si se tiene en cuenta que en el artículo 3 común a los Convenios, desarrollado y com- pletado por el Protocolo II sin por ello modificarlo, se dispone que la apli- cación de sus normas no surte efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. Es decir que cabría interpretar que en este marco convencional se optó por el silencio de la norma internacional[45]. Sin em- bargo, ha de señalarse que tal voluntad política parecería haber evolucio- nado, al menos en lo que se refiere a los Estados que son parte del Esta- tuto de Roma de la Corte Penal Internacional –vigente desde el 1 de julio

[43] Por persona civil cabría entender a todos aquellos que no pertenezcan a las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A.1), 2), 3), y 6) del III Convenio y el artículo 43 del Protocolo I, si se considerase que en este aspecto el art. 50 del Protocolo I, que define a la persona civil, comporta una guía autorizada; es decir, que en todo supuesto tendría el carácter de civil aquel que no es miembro de una de las partes en conflicto; *confr.,* TPIR, *The Prosecutor v. Musema*, Case N ICTR-96-13, *Judgement,* 27-I-2000, paragr. 280.

[44] A pesar de que la caracterización de las personas que tienen la condición jurídica de com- batiente, al estar contenida en el Protocolo I, es aplicable a los conflictos armados interna- cionales, varios Estados formularon declaraciones interpretativas sobre su alcance en tanto que otros la invocaron como fundamento de su negativa a ser parte de este tratado; en tal sentido, véase, Gasser, H. P. "Agora: The US Decision Not to Ratify Protocol I to the Gene- va Conventions on the Protection of War Victims, *AJIL*, 81 (1987) pp. 910 y sigs.; Sofaer, Abra- ham D., "Agora: The US Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims", *AJIL*, 82 (1988), pp. 784 y sigs.

[45] En tal sentido cabe recordar que en el art. 3 del Protocolo II se dispone que sus disposicio-

de 2002– desde que en este tratado se tipifica como una violación grave de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de ín- dole internacional matar o herir a traición a un "combatiente enemigo" [46], con lo que la categoría jurídica –aun sin conceptualizársela– quedaría ad- mitida también en el derecho convencional aplicable a este tipo de con- flictos armados[47]. En este contexto, desde que las normas del Estatuto –en lo pertinente– se aplican cuando en un conflicto armado que se prolon- ga participan grupos armados organizados, cabría interpretar que como combatientes habrían de considerarse a los miembros de estos grupos, quienes deberían llevar las armas ostensiblemente durante un enfrenta- miento militar –o durante el tiempo que fuesen visibles para el enemigo mientras estén tomando parte en un despliegue militar previo al lanza- miento de un ataque en el que van a participar– y tuviesen una señal co- mo distintivo fijo y reconocible a distancia[48]. Por otra parte, el grupo al que

nes no pueden invocarse con el objeto de menoscabar la responsabilidad que incumbe al gobierno de un Estado de mantener o restablecer la ley y el orden en ese Estado y que en el art. 6. 5 se señala que a la cesación de las hostilidades la autoridades en el poder procu- rarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado; véase Plattner, D., "The Penal Repression of Violations of International Hu- manitarian Law Applicable in Non-International Armed Conflicts", *International Review of the Red Cross*, 1990, pp. 409 y sigs.

[46] Estatuto, art. 8. 2 e) ix), texto auténtico español; en el caso de un conflicto armado interna- cional el crimen se tipificaría cuando se mata o hiere a traición a personas pertenecientes al "ejército enemigo", retomándose en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8. 2.b) xi), la terminología empleada en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la gue- rra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907, art. 23 b).

[47] En el derecho consuetudinario la prohibición de la perfidia –esto es, matar o herir a traición a un adversario– es aplicable en situación de conflicto armado sin carácter internacional; *conrf.* , TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Ap- peal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-1-AR72, 2-X-1995; paragr. 125.

[48] Aplicación analógica del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907, art. 1, y Protocolo I, art. 44. 3; con relación al requisito del distintivo cabe recordar que una señal que identifique a la persona como com- batiente, del tipo que ésta fuese, resulta inexcusable para la aplicación del principio de dis- tinción ya que un combatiente que simulase el estatuto de persona civil para matar o herir a un combatiente enemigo incurriría en perfidia.

pertenezcan, como tal, ha de tener a su cabeza una persona responsable de sus conductas, encontrándose en condiciones de aplicar las normas del derecho internacional humanitario[49]. El término "organizado", con el que se califica al grupo implicaría que los combates tienen carácter colectivo y que se llevan a cabo en el contexto de una cadena de mando bajo el control de un superior, constituyendo operaciones militares en el sentido del derecho internacional humanitario[50]. De este modo, acciones individuales quedarían excluidas y sólo si se reuniesen estos requisitos, tanto de orden colectivo como a título individual, la persona tendría el estatuto jurídico de combatiente.

Ahora bien, los combatientes tienen el derecho de participar directamente en las hostilidades, y por ende no gozan de inmunidad frente a los ataques, pero –como se acaba de señalar– éste no es un derecho que se les atribuya a título personal sino que la capacidad de atacar les es reconocida en razón de ser miembros de una parte en conflicto[51]. En virtud de ello, en el caso de un conflicto armado internacional, si caen en poder de la Parte adversa tendrán la condición jurídica de prisioneros de

[49] Aplicación analógica Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907, art. 1, Convenio III, art. 4. A. 2); Protocolo I, art. 44. 3; y Protocolo II, art. 1.

[50] En el arte militar el término "operación militar" indica un conjunto de acciones militares que, basadas en el movimiento y/o fuego, tienen un objetivo preciso de alcance táctico o extratégico, *vid.*i,VPeirertro, *Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados*, en http://www. icrc.org/icrcspa. En lo que hace a las normas sobre la conducción de las hostili- dades, éstas son –básicamente– las que ya se encontraban contenidas en el Reglamento re- lativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907, arts 22 a 28, que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg consideró integrantes del derecho consuetudinario. Las reglas contenidas en el Protocolo I, art. 85, y en el artículo 3 de los Convenios constituyen el mínimo que todo combatiente ha de respetar; *confr.* Es- tatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8.

[51] Protocolo I, art. 43. 2; si bien podría argumentarse una cierta ambigüedad en los conceptos en razón de las Operaciones de Imposición o Consolidación de la Paz llevadas a cabo por la ONU –las que no tienen el carácter de partes en los conflictos en los que intervienen- cabe recordar que estas Operaciones han de ser autorizadas por el Consejo de Seguridad en aplicación del Capítulo VII de la Carta y que los contingentes militares que las componen se integran con las fuerzas armadas que voluntariamente quieran aportar los Estados Miembros; cuyo personal tiene, en razón de ello, el carácter de combatiente.

guerra y como tales no podrán ser juzgados por el mero hecho de haber tomado las armas[52]. Así, si la Parte bajo cuyo poder se encontrasen des- conociese el carácter de combatiente, podría hacerse valer el derecho al estatuto de prisionero de guerra ante un tribunal judicial previo a ser juz- gados con motivo de una infracción que guarde relación con las hostilida- des[53]. En la misma situación, las personas civiles que participando directa- mente en las hostilidades caen en manos de la Parte adversa, podrían ser juzgadas, en cambio, por un tribunal imparcial y condenadas en razón de daños, lesiones o muertes que hubiesen causado o por toda infracción penal que hayan cometido[54]. Basten estos supuestos, referidos tanto a la posibilidad de atacar y ser atacado como a la de ser juzgado y condena- do, para señalar la trascendencia a los fines de la aplicación del principio de distinción de intentar profundizar en el sentido y alcance de lo que ca- bría entender como una persona civil que, ello no obstante, participa di- rectamente en las hostilidades dado que, si así fuese, perdería la protec- ción que le otorga el derecho internacional humanitario.

[52] El principio, en cuanto al trato debido a los prisioneros de guerra, es el de que su cautiverio no constituye ni una venganza ni un castigo, encontrándose bajo la custodia de la Potencia enemiga con el único objeto de impedir que continúen participando directamente en las hostilidades; *confr.,* Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907, art. 4, Convenio III, arts. 12 y 13.

[53] Protocolo I, art. 45. 2 y Convenio III art. 5; cabe tener presente, sin embargo, que al tratarse –en principio– de un tribunal de la Parte en cuyo poder se encuentre la persona, este tribunal aplicará las normas pertinentes para establecer si el detenido es o no un prisionero de guerra de conformidad con las disposiciones de su derecho interno, en el marco de lo establecido en el artículo 1 común de los Convenios. Por otra parte, si se juzgase que la persona tiene esta condición jurídica, ello no lo habría eximido a título individual del respeto a las normas del derecho internacional humanitario por lo que sería responsable penalmente de las infracciones graves que hubiese podido cometer, así como de los actos que fuesen punibles si los cometiesen miembros de las fuerzas armadas de la potencia detenedora conforme al principio de equivalencia; *confr.,* Convenio III, arts. 82, 84, 87 y concordantes.

[54] Protocolo I, art. 75 en el que se establecen las garantías fundamentales que se han de otorgar a todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del Protocolo, las que, en general, se corresponde con lo establecido en el Protocolo II, arts. 4 a 6 para las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

IV | Las personas civiles

La personas civiles se definen por exclusión. Esto es, que tienen tal condición quienes no son combatientes[55]. Ahora bien, tanto el Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, como el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, contemplan en sus normas una realidad; cual es la de que personas civiles lleguen a participar directamente en las hostilidades. En efecto, tanto en situación de conflicto armado internacional como en el caso de un conflicto armado sin carácter internacional ambos tratados establecen que si personas civiles participasen directamente en las hostilidades perderían la protección que les brinda el derecho internacional humanitario mientras durase tal participación[56]. La pérdida de la protección que establecen estas normas es, entonces, la lógica consecuencia del incumplimiento de un deber ser jurídico cuyo antecedente puede encontrarse codificado en la Convención de La Haya de 1907 relativa a los derechos y deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre. En efecto, así como en este tratado se establece que el nacional de un Estado que no tome parte en la guerra debe ser considerado neutral[57] se dispone también que si comete actos hostiles contra uno de los beligerantes o si comete actos a favor de una de ellos, ya no puede prevalerse de tal condición[58]. Es decir, que el comportamiento previsto es el de que un neutral no par- ticipa en las hostilidades al no ser miembro de las fuerzas armadas de las partes beligerantes. Ahora bien, dicho comportamiento está contenido en una norma cuya naturaleza es jurídica, por lo que al establecerse la conducta esperada –la conducta que debe ser que sea- se contempla también la concreta consecuencia que acarrea su violación. De este mo- do, al tratarse de pautas de conducta en derecho –tanto en lo que hace a la Convención de La Haya de 1907 como en lo que se refiere a los pro- tocolos I y II-, la norma primaria indica el comportamiento esperado en tanto que la norma secundaria dispone el alcance que tendrá el aparta-

[55] Protocolo I, art. 50. 1.

[56] Protocolo I, art. 51.3; Protocolo II, art. 13. 3.

[57] Convención de La Haya de 1907, art. 16.

[58] *Ibídem.*, art. 17.

miento de ese deber ser. La norma primaria atribuye a los combatientes el derecho a participar directamente en las hostilidades[59] en tanto que las personas civiles, por no ser combatientes, no gozan del mismo derecho y, en cambio, constituyen el bien tutelado jurídicamente; esto es, son quienes han de ser objeto de la protección establecida por el ordenamiento[60]. La norma secundaria es, entonces, la que dispone el alcance de la no adecua- ción de la conducta a ese deber ser, señalando la consecuencia para un ci- vil de participar directamente en las hostilidades. Y esa consecuencia es, precisamente, la pérdida de la protección mientras dure tal participación.

Es decir, que en un conflicto armado, sea del tipo que fuese, el hecho de que una persona civil tome parte directamente en las hostilidades no implicaría otorgarle, necesariamente, la condición jurídica de combatiente si no reuniese los requisitos individuales y colectivos que lo constituyen en esa categoría jurídica, sino que –en cambio– tal participación la priva de la protección que, como persona civil, se le brinda[61]. Este, y no otro, es el alcance de la responsabilidad en que incurre quien se aparta de lo dispuesto en la regla de derecho.

Ahora bien, la pérdida de la protección implica –en primer lugar– la pérdida de la inmunidad. La persona civil en estas circunstancias sería un objetivo lícito de ataque pero ello no acarrea, a más, la pérdida de la condición de sujeto de otra rama del derecho internacional; esto es, de sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, si cayese en poder de una parte adversa y ésta fuese un Estado, el Estado bajo cuya jurisdicción se encontrase habría de cumplir con relación a ella al menos las obligaciones esenciales e inderogables que le impone este otro ordenamiento jurídico de fuente consuetudinaria o, en su caso, convencional[62].

---

[59] Protocolo I, art. 43. 2.

[60] Protocolo I, arts. 48 y 50. 1; Protocolo II, art. 13.

[61] El criterio para establecer si una persona está protegida por el artículo 3 común es el de determinar si, en el momento en el que se alega que se cometió una violación a sus disposiciones, la víctima estaba participando directamente en las hostilidades; si así no fuese, el autor de la violación habría cometido un crimen de guerra; *confr.* TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Takic,* Case Nº. IT-94-1-T, *Judgement*, 7-V-1997, paragr. 615.

[62] El derecho internacional de los derechos humanos –en el que el individuo es sujeto de derecho y no objeto de protección– regula las relaciones entre gobierno y gobernados; sin embargo, en doctrina se insinúa la tendencia a aceptar que también sea aplicable en situa-

La persona civil ya no goza de la protección especial que le otorga el derecho internacional humanitario al distinguirla del combatiente si participa "directamente de las hostilidades"[63], pero esa pérdida de protección se prolonga "mientras dure tal participación". Es decir que aún cabe ahondar en la interpretación de estos concepto si se desea intentar pre- cisar su sentido y alcance. Ello, máxime si se tiene en cuenta que durante un conflicto armado internacional los combatientes, debido a la índole de las hostilidades, es posible que no puedan distinguirse de la población ci- vil sin perder por ello su condición de tales siempre que en el curso del enfrentamiento militar o de una operación militar preparatoria al lanza- miento de un ataque en el que van a participar lleven sus armas abierta- mente durante el tiempo en que sean visibles para el enemigo[64]. Así, todo parecería indicar que con el objeto de una mejor aplicación del principio de distinción sería conveniente esclarecer el tipo de conductas que com- portarían una directa participación de un civil, no sólo en razón de la per- dida de inmunidad frente al ataque sino también en lo que se refiere a su condición jurídica si cae en poder de la parte adversa y a la posibilidad de que fuese juzgado y condenado por haber tomado las armas.

Por cierto, si el camino que se siguiese fuese el de la mera ejemplificación de hechos que pudiesen entenderse como una directa participación podría pensarse que tal sería el caso cuando se ataque o capture fuerzas enemigas o su armamento, así como también cuando se lleven a cabo operaciones de minado o sabotaje, pero a medida que se imagina- sen otras situaciones –tal como sería el de civiles trabajando en una fábri- ca de armamentos o concibiendo sofisticados sistemas informáticos des-

---

ciones de conflicto armado sin carácter internacional a las relaciones con grupos armados organizados que se encontrarían obligados a cumplir sus normas; véase en ese sentido la *De- claración de Turku sobre Pautas Humanitarias Mínimas,* en *AJIL*, 1995, 89, pp. 218 y sigs, y la *Guía de Principios sobre Desplazamientos Internos,* también adoptada por un grupo de exper- tos, CDH,E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11-II-1998.

[63] En este trabajo se sigue la terminología de los textos auténticos en español de los Protocolos Adicionales I y II, arts. 51. 3 y 13. 3, que establecen la pérdida de protección de los civiles si "participan directamente en las hostilidades" como similar a participar activamente en ellas; *confr.*, TPIR, *Le Procureur c..Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement,* 2-IX-1998, paragr.629.

[64] Protocolo I, art. 44. 3, cuya aplicación depende de la índole de las hostilidades.

tinados a conducir ataques desde lugares remotos– una mera ejemplificación del concepto se tornaría más y más difícil a la par que se correría el riesgo por este camino de dejar fuera de una tal lista hechos que ante el caso de especie podrían constituir –o no– una directa participación de una persona civil o bien tratarse de un combatiente que, ante la índole de las hostilidades y al no ser visible para el enemigo, no se distinga de la po- blación civil. Por otra parte, en este marco, no sería posible dejar de con- siderar las disposiciones del derecho internacional penal que atribuyen responsabilidad individual por violación de sus normas –en la especie, por infracciones graves al derecho internacional humanitario– inclusive a supe- riores que no actuasen efectivamente como jefes militares; esto es, a su- periores que, controlando subordinados, fuesen civiles[65].

En consecuencia, parecería conveniente intentar una precisión a través de la caracterización de elementos que constituyesen una directa participación en las hostilidades más que mediante una lista de hechos que la ejemplificasen. Si tal fuese el caso, cabría interrogarse, a más, si esa carac- terización debería ser la misma para una situación de conflicto armado in- ternacional que para una situación de conflicto armado sin carácter inter- nacional. En ambos supuestos parecería relevante tener siempre presente que de lo que se trata es de la situación jurídica de una persona que es ci- vil y no de determinar la condición en derecho de combatiente. En efec- to, aun cuando el alcance de aquéllos a los que puede considerárselos co- mo tales haya evolucionado a lo largo de los años, desde entenderse que se trata sólo de las fuerzas armadas de un Estado[66] hasta interpretarse que también tienen esta condición los miembros de grupos armados organiza-

---

65 C*onfr.*, TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Caso Nº IT-96-21, *Judgement*, 16-XI-1998; TPlR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, *Jugement et Senten- ce*, 21-V-1999; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art.25 y, en particular, art. 28. 2, refe- ridos a la responsabilidad de las "personas", sin otra precisión, sea en situación de conflicto armado internacional como en situación de conflicto armado sin carácter internacional. En este sentido baste recordar que muchos de los convictos ante el Tribunal Penal Internacio- nal para Ruanda son civiles que eran superiores sin ser comandantes militares; *confr.*, entre otros, *Le Procureur c. Jean Kambanda,* ICTR-97-23-S; *Le Procureur c.Omar Serushago*, ICTR-98- 39-S.

66 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo a la Convención

de La Haya de 1907, art. 1, en el que se precisa que las leyes, los derechos y los deberes de

dos que lleven a cabo operaciones militares sostenidas bajo la dirección de un mando responsable[67], un elemento determinante del estatuto jurí- dico de combatiente sería el de la pertenencia; sea a las fuerzas armadas, sea al grupo.

Por ende, de lo que se trata es de intentar caracterizar conductas de civiles que comporten una participación directa en las hostilidades. En ese sentido, cabe anticipar desde ya que en este enfoque no podría entenderse como tal el ejercicio en modo proporcionado de la legítima defensa frente a un inminente ataque a la persona o a la propiedad. En efecto, la institución de la legítima defensa constituye un principio general de derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, que –como tal- es fuente de derechos y obligaciones en el derecho internacional y, en consecuencia, también lo es en esta rama del ordenamiento jurídico que es el derecho internacional humanitario. De este modo, el sólo hecho de que un civil posea o porte un arma para su defensa personal durante una situación de conflicto armado no haría de él un objetivo legítimo de ataque puesto que no implicaría la pérdida de protección.

Ahora bien, si un civil pierde su inmunidad cuando participa directamente en las hostilidades, con exclusión del hecho puntual de la legítima defensa, la cuestión que se plantea es la de establecer desde cuándo y hasta cuándo deja de ser objeto de protección o, lo que es lo mismo, precisar el alcance de lo que se entienda por hostilidades en las que no ha de participar en modo directo. Con un criterio amplio, podría considerarse que pierde la inmunidad desde el momento en que comien- ce a prepararse para participar en ellas y hasta el cese efectivo de las hos- tilidades. Por el contrario, también podría entenderse que deja de ser in- mune, sólo, mientras está llevando a cabo un ataque. Esta segunda alternativa podría plantear el caso de una persona que gozase de protec- ción como civil en un determinado momento y luego perdiese su inmu-

la guerra se refieren al ejército, las milicias y los cuerpos de voluntarios que tengan a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; lleven una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; porten las armas ostensiblemente y se sujeten en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra; atribuyéndose, en el art. 3 de la Convención, responsabilidad a la parte beligerante por todos los actos cometidos por ellos que comporten violaciones de las disposiciones del Reglamento.

[67] Protocolo II, art. 1, Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8. 2 e).

nidad para, en un instante posterior, cuando dejase las armas y volviese a sus actividades habituales, debiese ser considerada nuevamente como un civil; situación ésta que no parece difícil de imaginar, particularmente durante un conflicto armado sin carácter internacional. Sin embargo, parecería relevante tener en cuenta que las condiciones fijadas por la norma jurídica para que la consecuencia sea la pérdida de la protección serían, por un lado, la participación del civil en hostilidades y, por el otro, que esa participación sea directa y no indirecta

Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que el concepto de "hostilidades" –aun cuando no definido convencionalmente– es un concepto más amplio que el de "ataque"[68], ya que el objeto del derecho internacional humanitario no es tan sólo proteger a los civiles de puntuales actos de violencia sino, específicamente, de los peligros procedentes de operaciones militares llevadas a cabo durante un conflicto armado[69]. Por ende, serían hostiles actos que constituyan un ataque pero también operaciones militares que, basadas en el movimiento y/o fuego, tengan un objetivo preciso de alcance táctico o estratégico. Es decir, que se trataría de conductas vinculadas con el conflicto armado que por su índole o finali- dad estén dirigidas a causar un daño al adversario[70]. La actividad que la persona civil llevase a cabo con el propósito de dañar habría de constituir un acto hostil; acto que le está vedado por la norma jurídica. Por ende, la

[68] En situación de conflicto armado internacional en el Protocolo I, art. 49. 1, se define a los ataques como actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos; por hostilidades –en cambio– se entienden los actos de violencia ejercidos por un beligerante contra un adversario a efectos de aniquilar su resistencia de y obligarlo a seguir su propia voluntad, *confr.*, Verri, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos armados*, en http://www.icrc.org/icrcspa.

[69] Protocolo I, art. 51. 1 y Protocolo II, art. 13. 1; *confr.*, Protocolo I, arts. 57 y 58 que al regular las medidas de precaución que han de adoptarse al planificar operaciones militares reitera que éstas han de realizarse con cuidado constante de preservar a las personas civiles para luego especificar medidas concretas que han de adoptar quienes preparen o decidan un ata- que.

[70] Sylvie-Stoyanka Junod, al comentar el Protocolo II, art. 13. 3 señala que las hostilidades han sido definidas como actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar al personal y el material de las fuerzas armadas del adversario; véase *Comentarios a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949* en http://www.icrc.org/icrcspa.

acción con la intención de dañar comportaría un primer elemento que parecería relevante considerar.

En segundo lugar, ha de tratarse de una participación que sea susceptible de ser calificada como directa. Esto es, que la conducta cuya intención sea la de dañar no constituya tan sólo una amenaza indirecta o futurible, en razón de que pudiese entenderse que de alguna manera se encontrase involucrada en el conflicto armado, sino que debería existir una relación causal entre la actividad y el daño provocado o temido; éste debería ser la consecuencia inmediata o previsible –no mediata o imprevisible– de aquélla. En este sentido parecería difícil imaginar que en situación de conflicto armado toda la población no fuese, en algún modo, partícipe del esfuerzo bélico. Así, no bastaría sostener que un hecho ha sido antecedente de otro para que fuese considerado causa eficiente del da- ño, sino que sería necesario que tuviese, por sí, la virtualidad de producir tal resultado. El nexo causal entre la conducta de la persona y el resulta- do constituye el segundo elemento a considerar.

Desde este enfoque, si se entendiese que en definitiva se trata de la interpretación de una norma jurídica que prohibe a un civil su participación directa en las hostilidades, su violación constituiría la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y la consecuencia de tal ilicitud, prevista también en la norma, es la pérdida de la protección. Los elementos del hecho internacionalmente ilícito estarían dados, entonces, por la concurrencia de la conducta imputable al civil y el daño temido o provocado; entre los cuales, inexcusablemente, parecería requerirse un nexo causal. Si esta interpretación se siguiese, tal individuo sería un objetivo legítimo de ataque, no sólo cuando atacase, sino también cuando en una operación militar participase en modo a querer causar un daño a la par- te adversa o a la población civil. Así, su comportamiento y la intención que lo guiase podrían constituir elementos que habrían de ser considera- dos para determinar su pérdida de inmunidad. En tal supuesto quienes trabajasen en la fábrica de armamentos o lo hiciesen concibiendo sofisti- cados sistemas informáticos destinados a conducir ataques desde lugares remotos, para volver a los ejemplos ya señalados, no podrían dejar de ser considerados individualmente como personas civiles; ello, sin perjuicio de los riesgos que pudiesen correr en razón de que los lugares en que se en- contrasen fuesen objetivos militares legítimos[71]. Por el contrario, quienes

[71] Protocolo I, art. 52. 2 en el que se establece que los objetivos militares se limitan a aquellos

colocasen minas, llevasen a cabo actos de sabotaje o fuesen francotiradores podrían ser, ellos mismos, objeto de ataque. En ese sentido, una vez más cabe señalar que conductas a título individual no hacen de la persona que las asuma un combatiente en el sentido del derecho internacional humanitario, sino que generan la pérdida de protección que -como civilles otorga este ordenamiento jurídico.

De este modo, toda conducta de una persona vinculada a una operación militar cuya intención fuese la de causar un daño a la parte adversa, teniendo la virtualidad de causarlo, constituiría su directa participación en las hostilidades. En este enfoque, el hecho de vivir en una zona de combate o el de tener expresiones aisladas de simpatía hacia alguna de las partes involucradas en el conflicto, si no se acompañasen de comportamientos guiados por la intención de causar daño en la persona o en los bienes de quien se considera adversario[72] –o en la población civli– no provocarían la pérdida de inmunidad[73]. Por otra parte ha de recordarse que,

objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida; en el anteproyecto del manual de San Remo sobre La Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, referido a la conducción de las hostilidades, texto junio 2003, se concuerda en que el principio de distinción es aplicable también en este tipo de conflictos y que, por ende, en la conducción de las operaciones militares los ataques deben dirigirse sólo contra combatientes y objetivos militares conforme al principio de proporcionalidad; *confr.,* puntos 202, 205, 208 y concordantes. Así, entre las medidas de precaución que han de adoptarse al planear o decidir un ataque se encuentran la obligación de abstenerse de llevarlo a cabo cuando sea de prever que causará muertes o heridas en la población civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa previsa y la de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces si pudiese afectarse a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan; *confr.,* Protocolo I, art. 57. 2 a) iii) y c).

72 En lo que hace a ideas que se hagan públicas por los medios de prensa, sería determinante que a través de ellas se tradujese una política editorial de odio y un llamamiento a la violencia contra el adversario; *confr.,* TPIR, *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*, Case Nº ICTR-99-52-T*, Judgement* 3-XII-2003.

73 En tal sentido, cabe recordar la prohibición de atacar a quienes se encuentren fuera de combate; regla que beneficia tanto a quienes fuesen combatientes como a aquellos cuyo estatu-

precisamente con el objeto de amparar a los civiles, en caso de duda de la condición jurídica de una persona habría de considerársela como tal[74].

Ahora bien, establecer que un civil ha perdido la protección de la que goza en virtud del derecho internacional humanitario no sólo comporta pronunciarse sobre el hecho de que sea objetivo legítimo de ataque sino también sobre la posibilidad de que sea juzgado y condenado por su participación directa en las hostilidades. En ese sentido, la persona podría ser neutralizada a través de su detención[75] y juzgamiento, precisamente, por haber tomado las armas. En el caso de un conflicto armado internacional el individuo que habiendo participado directamente en las hostilidades cae en poder de la parte adversa, si se lo juzgase civil[76], podría ser enjuiciado y sentenciado[77]. Asimismo, en el supuesto de un conflicto armado sin carácter internacional, quien llevó a cabo actos hostiles, también podría ser juzgado y condenado por ello[78]. Por cierto, en uno y

to jurídico pudiese resultar dudoso; *confr.*, Protocolo I, art. 41; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8, crímenes de guerra, 2. b) vi).

[74] Protocolo I, art. 50. 1; si bien en el Protocolo II no se incluye una norma similar, cabe interpretar que tal omisión se debe al hecho de que expresamente no se definen a los comba- tientes y a las personas civiles, pero si se aceptan ambas categorías jurídicas con relación a los conflictos armados sin carácter internacional, la regla también sería aplicable a este tipo de situaciones.

[75] En caso de conflicto armado internacional la detención, internamiento o residencia forzosa de las personas civiles protegidas por el Convenio IV están previstas y reguladas en este tratado y en las normas pertinentes del Protocolo I; en caso de conflicto armado sin carácter internacional, la privación de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado está contemplada en el Protocolo II, art. 5 que en este aspecto desarrolla el artículo 3 común en cuanto se refiere al trato de las personas puestas fuera de combate.

[76] Cabe aclarar, sin embargo, que si la persona cae en poder de la parte adversa se ha de presumir que su condición, si así se reivindica o si así pareciese, es la de un prisionero de guerra por lo que –previo a su juzgamiento por haber tomado las armas– a los fines de establecer su estatuto un tribunal judicial habrá de decidir esta cuestión, Convenio III, art. 5 y Protocolo I, art. 45.

[77] Convenio IV, arts. 5, 66, 68 y concordantes.

[78] Protocolo II, art. 3. 1. en el que se dispone que no pueden invocarse sus disposiciones con el objeto de menoscabar la responsabilidad que incumbe al gobierno de un Estado de mantener o restablecer la ley y el orden o defender la unidad nacional y su integridad territorial por todos los medios legítimos.

otro caso la persona habría de gozar de los beneficios que otorga el principio de legalidad con relación al ordenamiento jurídico aplicable y de las garantías esenciales del debido proceso[79].

Las condiciones para el juzgamiento de un civil estarían dadas cuando la parte en cuyo poder se encontrase fuese un Estado pero ha de admitirse que en el caso de que se tratase de un grupo armado organizado se presentarían dificultades prácticas para considerar que éste estaría habilitado a constituir tribunales que fuesen independientes e imparciales, garantizando un adecuado ejercicio del derecho de defensa y apelación[80]; ello, salvo supuestos excepcionalísimos en los que el grupo –por sus características– pudiese ser asimilable al gobierno de un Estado[81]. Sin embargo, más allá de estas dificultades prácticas, bueno es tener presente que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 –cuya naturaleza convencional y consuetudinaria ya se ha señalado– prohibe a las partes en un conflicto armado que no sea de índole internacional "las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales, reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". Esta obligación de no hacer con relación a quienes no participan directamente en las hostilidades pero también en lo que concierne a los que han dejado de participar en ellas es oponible tanto a los Estados en cuyos territorios hayan surgido los conflictos armados como a los grupos armados organizados que lleven a cabo operaciones militares sostenidas. Por ende, más allá de la capacidad

[79] Convenio IV, arts. 43, 66 y concordantes, Protocolo I, art. 75. 3. y 4, en el que se dispone expresamente que toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, y Protocolo II, art. 6, que contiene idéntico principio; lo que en la especie trasladaría la carga de la prueba sobre su condición de civil que infringió el ordenamiento jurídico –o lo que en la especie comportaría considerarlo no combatiente– a la Parte en cuyo poder se encuentra la persona.

[80] En razón del principio de continuidad del Estado su ordenamiento jurídico sigue siendo aplicable durante el conflicto armado por lo que un grupo armado organizado que opere en su territorio estaría vinculado por sus normas.

[81] A título de ejemplo, si se tomasen como guía Resoluciones del Consejo de Seguridad con relación a la situación en Afganistán y el terrorismo, podría pensarse en las autoridades talibanes a quienes se les exigía la extradición para juzgamiento de Osama Bin Laden; *confr.* Re-

soluciones 1214 (1998) y 1267 (1999).

de procesar a un acusado, resulta indudable que sin un juicio conforme a las reglas del debido proceso no caben las ejecuciones; ni por el Estado, ni por el grupo armado[82].

Así, cabría entender que un criterio a ser considerado para entender que una persona civil participa directamente en las hostilidades sería el hecho objetivo de sus comportamientos vinculados al conflicto armado. Esto es, si sus actos, por su naturaleza o por los propósitos que los guían, están destinados a causar daños a las personas o a los bienes de quien considera su adversario o a la población civil y a sus bienes, constituyendo para ellos una amenaza actual o inminente. Si la persona en cuestión no es un agente del Estado o no pertenece a un grupo armado organizado ba- jo un mando responsable, el sólo hecho de llevarlos a cabo no modificaría su situación jurídica; esto es, no gozaría del estatuto de combatiente aun cuando, por cierto, habría perdido su inmunidad frente a los ataques. En efecto, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y necesidad aplicables al planificar y llevar a cabo una operación militar, sus conductas la convertirían en un objetivo legítimo[83]. Por cierto, si ulteriormente caye- se en manos de la parte adversa podría ser juzgada penalmente por estas conductas –tanto por haberlas llevado a cabo como en grado de tentati- va– pero en ningún supuesto podría ser ejecutada si, en razón de las cir- cunstancias, el juicio previo conforme a las reglas del debido proceso no fuese factible. Durante un conflicto armado –tenga o no carácter interna- cional– la situación en derecho de las personas es la de combatientes o la de civiles, en modo a que éstos puedan ser protegidos.

[82] Las violaciones al artículo 3 común comportan la comisión de un crimen de guerra, tal como emerge de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales instituidos por el Consejo de Seguridad y se refleja en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en particular y en la especie en el art. 8. 2. c) iv).

[83] TP IY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, Case Nº IT-95-16-T, *Judgement,* 14-I-2000, en el que se señaló que si grupos de civiles toman las armas en un territorio ocupado para luchar contra el beligerante enemigo, pueden ser legítimamente atacados por éste sea que reúnan o no los requisitos establecidos en el artículo 4 (A) (2) del Tercer Convenio de Ginebra de 1949. Esta norma confiere el estatuto jurídico de prisioneros de guerra, y por ello implícitamente de combatientes, a “los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de vo-

V | A modo de conclusiones preliminares

El derecho internacional humanitario tiene por objeto brindar protección a las víctimas de todo conflicto armado a la par que poner lí- mites a los métodos y medios de combate, independientemente de la le- galidad o ilegalidad del empleo de la fuerza armada por las partes involu- cradas. Por cierto, aun cuando realizar un equilibrio entre las necesidades militares y los principios de humanidad no siempre parecería un objetivo fácil de lograr, brindar tal protección requiere, inexcusablemente, la distin- ción entre la persona civil y el combatiente; pertenezca éste a una fuerza armada o a un grupo armado organizado que lleve a cabo operaciones militares sostenidas en el territorio de un Estado. El combatiente –como centro de imputación de este ordenamiento jurídico– será individualmen- te responsable de las violaciones que pudiese cometer a la par que goza- rá de los derechos que en cada caso le correspondan; entre ellos, y en particular, el derecho a recurrir a las armas en razón de su pertenencia a una de las partes; esto es el derecho de atacar y consecuentemente de ser atacado. Por su parte, la persona civil no es sujeto del derecho inter- nacional humanitario sino objeto de su amparo, recayendo sobre ella la obligación general de no participar directamente en las hostilidades; esto es, de ser neutral. La consecuencia del incumplimiento de este deber ser jurídico es –precisamente– la de que no pueda prevalerse ya de su neu- tralidad y, por ende, pierda la protección que se le brinda pero su partici- pación directa, por sí sola, no cambiaría su estatuto jurídico al no configu- rarse el criterio objetivo de pertenencia.

La adopción de este tipo de criterio para caracterizar al comba- tiente y por exclusión a la persona civil indicaría la conveniencia de adop- tar también un criterio objetivo para apreciar las circunstancias que indi- carían una participación –de tipo directo– de un civil en las hostilidades.

luntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este terri- torio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos es- tos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar man- dados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus o peraciones de confor-

midad con las leyes y costumbres de la guerra."

En ese sentido, un elemento ha considerar son los comportamientos de la persona, vinculados al conflicto armado. Si sus conductas estuviesen guiadas por la intención de causar un daño al adversario y tuviesen la virtualidad de producir tal resultado, perdería su inmunidad frente a los ataques. Pero si pudiese ser detenido y juzgado, su condición sería la de un civil que ha tomado las armas, beneficiándose de los principios de legalidad y del debido proceso por lo que no caben las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido.

En consecuencia, durante las hostilidades sólo corresponde distinguir entre dos categorías de personas: los combatientes y los civiles. Así como la directa participación de un civil en las hostilidades no es por sí sola atributiva de la condición jurídica de combatiente, tampoco corresponde considerar la posibilidad de combatientes ilegales o de beligerantes sin privilegios. Civiles y combatientes gozan de un régimen jurídico específico en virtud del derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario; y es este régimen jurídico el que contempla la situación en que se coloca el civil que participe directamente en las hostilidades; sean éstas internacionales o sin carácter internacional. Las llamadas nuevas formas de guerras de este siglo XXI no se encuentran ante un vacío legal, sólo parecería necesario profundizar el debate sobre el sentido y alcance de sus normas para hacer frente al desafío.

Derecho Internacional Público

Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

Valentín Bou Franch

I | Introducción

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de San Francisco, adoptada el 26-VI-1945, estableció la Organización de las Naciones Unidas. La ONU es la única Organización Internacional que tiene al mismo tiempo una naturaleza política, por lo que se refiere a sus objetivos, y una dimensión mundial, por lo que respecta a la participación de los Estados en la Organización[1]. La ONU se estableció sobre la base de la necesidad de "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles" (Preámbulo).

El mantenimiento de la paz es el propósito primero y fundamental de la ONU, aunque no el único (art. 1). Al mismo se le añaden otros objetivos de naturaleza política, económica y humanitaria que representan otros instrumentos para fomentar las buenas relaciones entre los Estados. De estos diversos objetivos, nos vamos a centrar en el del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. La Carta de San Francisco prohíbe a los Estados Miembros la potestad de hacer la guerra. Más precisa-

[1] A los 51 Miembros originarios en la actualidad se les han unido muchos más Estados.Tras la admisión de la Confederación Suiza y de la República Democrática de Timor Oriental en 2002, los Miembros de la ONU son en la actualidad 191 Estados, es decir, todos los Estados con las excepciones de Ciudad del Vaticano, Islas Cook y Niué.

mente, les prohíbe amenazar o usar la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la ONU (art. 2.4)[2].

Esta prescripción también significa que la amenaza o el uso de la fuerza que no vayan dirigidos contra la integridad territorial o la independencia política de los estados y que no sea de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas se podrían considerar lícitos en algunas circunstancias. La propia jurisprudencia internacional se ha referido en algunas ocasiones a estos usos "menores" de la fuerza, sobre todo en relación con los poderes de policía que los Estados pueden ejer- cer en los diversos espacios marinos. En su Fallo de 4-XII-1998 en el asun- to de *la competencia pesquera (España c. Canadá). Competencia de la Cor- te*, la CIJ sostuvo que:

> For all of these reasons the Court finds that the use of force authorized by the Canadian legislation and regulations falls within the ambit of what is com- monly understood as enforcement of conservation and management measu- res and thus falls under the provisions of paragraph 2 (d) of Canada's decla- ration. This is so notwithstanding that the reservation does not in terms mention the use of force. Boarding, inspection, arrest and minimum use of force for those purposes are all contained within the concept of enforcement of conservation and management measures according to a "natural and rea- sonable" interpretation of this concept[3].

[2] La prohibición del recurso a la guerra y la obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos ya se habían proclamado, aunque de una forma limitada a las relaciones entre las partes, en los artículos I y II del Tratado de renuncia a la guerra firmado por diversos Estados en París el 27-VIII-1928, conocido como "Pacto *Briand-Kellog*". El Pacto de la Sociedad de las Naciones, aprobado en la Conferencia de la Paz el 28-IV-1919, aunque no prohibió a los Estados Miembros el recurso a la guerra, lo subordinó a unos procedimientos previos de arreglo pacífico en sus artículos 12 a 16.

[3] *I. C. J. Reports 1998.*, 8p4ár. Sobre el uso de la fuerza como medida de policía para detener a un buque en el mar, son mucho más elaborados los párrafos 155 y 156 de la Sentencia de 1-VII-1999 en el *asunto (núm. 2) M/V Saiga (San Vicente y las Granadinas c. Guinea)*, del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, disponible en la dirección de Internet: «http://www. itlos.org».

La prohibición del recurso a la amenaza o el uso de la fuerza, además de estar prevista en la Carta, ha adquirido el valor de norma de Derecho Internacional general, válida como tal para todos los estados. A esta norma se le atribuye además un carácter imperativo (*ius cogens*), en el sentido de que será nulo un tratado por el cual dos o más estados acuerden utilizar la fuerza contra un tercer estado[4]. En su Fallo de 27-VI- 1986 en el asunto sobre *las actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, la CIJ se expre- só de la siguiente forma:

> A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law[5].

Del hecho de que la guerra ya no sea, como lo fue en el pasado, un instrumento para la solución de las controversias entre los estados, se deriva la consecuencia de que las controversias que puedan prejuzgar la paz y la seguridad internacionales deben ser resueltas a través de medios pacíficos elegidos de común acuerdo por los estados implicados. Esta con- secuencia también está prevista en otra obligación fundamental de la Car- ta contenida en su artículo 33.1.

Los únicos dos casos en los que se consiente el uso de la fuerza están expresamente previstos en la Carta: la legítima defensa contra un ataque armado, con los límites indicados en su artículo 51; y las acciones militares desarrolladas sobre la base de una decisión del CdS de las Naciones Unidas actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, cuando el propio CdS haya verificado previamente la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión[6]. Ambos casos excepcionales encuentran una explicación en la lógica del sistema es-

[4] Artículo 53 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23-V-1969).

[5] *I. C. J. Reports 1986*, pár. 190.Vid. Charney, "*Customary International Law in the Nicaragua Case Judgment on the Merits*", *HILJ*, 1988, pp. 16 y ss.

[6] Entre otros: Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963; Butler

tablecido por la Carta. La renuncia al uso unilateral de la fuerza se compensa con la atribución al CdS de la "responsabilidad primordial" del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y la competencia de decidir medidas al respecto. Si, pese a ello, un Estado resulta atacado, conserva el derecho a usar la fuerza para defenderse. Aun reconociendo la importancia de la legítima defensa[7], en el presente trabajo nos centraremos en el mecanismo de seguridad colectiva previsto en la Carta de San Francisco.

II | El capítulo VII de la carta: La ley de la discrecionalidad[8]

El CdS es el órgano de Naciones Unidas al que los Estados Miembros han conferido "a fin de asegurar una acción rápida y eficaz" la responsabilidad primordial en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (art. 24.1). En consecuencia, el CdS tiene, por mandato de sus Estados Miembros, la competencia específica de decidir las acciones a adoptar al respecto.

(ed.), *The Non-Use of Force in International Law*, Dordrecht, 1989; Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, 1986; Kelsen, H., "Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *AJIL*, 1948, pp. 783 y ss.; Zourek, *L'interdiction de l'emploi dela force en droit international*, Leiden 1974; etc.

7 Entre otros: Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958; Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*,C2aªmebdr.,idge, 1994; Lamberti; Zanardi, *La leggitima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972; Schachter, "Self-Defense and the Rule of Law", *AJIL*, 1989, pp. 259 y ss.; etc.

8 De entre la abundante bibliografía que existe sobre esta materia con anterioridad a 1990, véanse, entre otros: Díaz Barrado, C., "La pretensión de justificar el uso de la fuerza armada con base en'consideraciones humanitarias'", *Redi*4, 119y88ss, .p; Dp.'Amato,"Israel's Air Strike upon the Iraqi Nuclear Reactor", *Ajil*, 1983, pp. 584 y ss.; Fernández Tomás, A.,"El desvane- cimiento del sistema de paz y seguridad colectiva de las Naciones Unidas", *AI*, 1989, pp. 5 y ss.; Fisher, "The Korean War: On What Legal Basis Did Truman Act", *AJIL*, 1995, pp. 21 y ss.; Maier, "Appraisals of ICJ's Decision: Nicaragua v. United States (Merits)", *AJIL*, 1987,

pp. 77 y

Siendo el CdS un órgano de composición restringida, tanto los criterios sobre la composición del propio CdS[9], como el procedimiento de votación, condicionan necesariamente la manera cómo el CdS ejerce de hecho su responsabilidad primordial. La concesión de un derecho de veto a los Miembros permanentes del CdS fue la condición necesaria pa- ra que las principales potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mun- dial aceptasen un sistema colectivo de seguridad que implica la renuncia al uso unilateral de la fuerza. Será extremadamente difícil, por no decir im- posible, que el CdS, que es un órgano de naturaleza política (y no jurídi- ca) del que son parte los Estados (y no los individuos), condene la actua- ción de uno de los cinco Miembros permanentes o adopte una medida dirigida contra uno de ellos. Resulta también improbable que el CdS adopte una medida dirigida contra un Estado que goce de un fuerte apo- yo político de cualquiera de los cinco Miembros permanentes.

El Capítulo VII de la Carta se dedica expresamente a las acciones que el CdS podrá adoptar en casos de amenazas a la paz, quebrantamien- tos de la paz o actos de agresión. La primera operación que, en un orden lógico-temporal, compete al CdS es la determinación de la existencia de una de las situaciones cualificadas del Capítulo VII (art. 39).

La determinación de la existencia de una de las situaciones pre- vistas en el artículo 39 se incluye entre las decisiones de naturaleza no procedimental a las que se refiere el artículo 27.3, con la subsiguiente po- sibilidad de que uno cualquiera de los Miembros permanentes del CdS

ss.; Ronzitti, (ed.), *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, Milano, 1984; Schachter, "Self-Defence and the Rule of Law", *AJIL*, 1989, pp. 259; Schwebel, "Aggression, In- tervention and Self-Defence in Modern International Law", *Rcadi*, 1972, II, pp. 411 y ss.; Sto- ne, *Aggression and World Order*,1L9o5n8d; eotnc,.

[9] La composición del CdS es una cuestión extremamente delicada. Con la Resolución 47/62, de 11-XII-1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó al Secretario General que invitase a los Estados Miembros a enviarle sus observaciones con vistas a una eventual revisión de la composición del CdS. Pese al tiempo transcurrido desde entonces, no se vis- lumbra a corto plazo una eventual enmienda de la Carta. En ello influye también que, según su artículo 108, cualquier reforma de la Carta debe ser adoptada por dos tercios de los miembros de la Asamblea General y debe ser ratificada por dos tercios de los Estados Miembros de la ONU, incluyendo a todos los miembros permanentes del CdS. Vid. Berme- jo García, R., "Cuestiones en torno a la reforma de la Carta de las Naciones Unidas". En: A.

decida ejercer su derecho de veto[10]. El artículo 39 no realiza ninguna distinción entre conflictos armados internos e internacionales. Por lo tanto, puede dar cobertura también a aquellas situaciones internas de un Estado que, por su gravedad y sus repercusiones, sean susceptibles de constituir una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión (p. ej., los conflictos entre un movimiento insurreccional y las autoridades gubernamentales).

La diferencia entre una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz y un acto de agresión no resulta clara, no estando estos términos definidos en la Carta. En general, la noción de amenaza a la paz no implica necesariamente la atribución de responsabilidades concretas a un Estado o a un movimiento insurreccional determinado, mientras que las otras dos nociones presuponen la determinación, que puede ser controvertida en los hechos o delicada por motivos políticos, de quién es el responsable de un quebrantamiento de la paz o de una agresión. Además, la determinación por el CdS de la existencia de uno de estos tres tipos cuali- ficados en un caso concreto no está sometida al control posterior de ningún otro órgano de las Naciones Unidas, por lo que resulta evidente la ilimitada discrecionalidad de la que goza el CdS al proceder a su con- creción práctica.

Blanc Altemir (ed.), *Las Naciones Unidas a final de siglo: retos y líneas de acción*, Barcelona, 1998, pp. 151 y ss.; Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right to Veto*, The Hague, 1998; ISIO, *Prospects for the Reform of the United Nations System*a, Pdova, 1993; Sánchez Rodríguez, L. I., "La reforma de las Naciones Unidas: algunas reflexiones". En: C. Fernández de Casadevante; F. J. Quel, (coords.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, 1997, pp. 24 y ss.; Queneudec, "A propos de la composition du Conseil de Sécurité", *RGDIP*, 1995, pp. 955 y ss.; TANZI, "Notes on the "Permanent Conference on Revision" of the United Nations Charter at the 50th Anniversary of the Organization", *RDI*, 1995, pp. 248 y ss.

[10] Durante los años que duró el enfrentamiento bipolar conocido como la "guerra fría", fue muy frecuente en la práctica el uso del derecho de veto, ya en esta fase inicial de la aplicación del mecanismo de seguridad colectiva. El resultado fue que evidentes supuestos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, no fueron calificados como tales por el CdS. Por ejemplo, la invasión y anexión del Tíbet por China, la guerra de Vietnam, la invasión y ocupación de Afganistán por la Unión Soviética en 1979; la invasión de Granada por los Estados Unidos de América en 1983; etc.

Una definición de agresión resultó aprobada sin votación el 14-XII-1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 3314 (XXIX). Esta definición de agresión no tiene carácter vinculante y es una mera recomendación de la Asamblea General al CdS para que, cuando proceda, la tenga en cuenta como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión. Aunque se precisa que la lista de actos caracterizados como actos de agresión no es exhaustiva, esta Resolución contiene una amplia lista de actos de agresión, en la que además de los actos de naturaleza agresiva directa, se incluyen también tanto la complicidad de un tercer Estado que permita que su territorio sea utilizado por otro Estado para realizar un acto de agresión (art. 3.f), como el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, o su sustancial participación en actos similares (art. 3.g)[11].

A diferencia del automatismo que caracterizó al mecanismo de seguridad colectiva previsto en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, de la constatación de la existencia de una amenaza a la paz, quebranta- miento de la paz o acto de agresión, que constituyen el presupuesto so- bre el que se fundamenta la competencia del CdS de conformidad con el Capítulo VII, se pueden derivar consecuencias diversas. El CdS podrá adoptar una recomendación o decidir una medida o una acción. Los am- plios márgenes de discrecionalidad que la Carta, y en concreto sus artícu- los 39 y 41, dejan al CdS confirman la naturaleza política del órgano al que se le atribuye la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Una resolución del CdS que sea claramente identificable con una decisión y no ya con una recomendación (lo que no siempre es fácil de distinguir y puede exigir un atento análisis de las pala- bras empleadas en el texto de la resolución) será obligatoria para todos los Estados Miembros, que deberán aplicarla (art. 25).

Ya durante los años de la "guerra fría", la práctica del CdS se mos- tró muy diversa. En algunos casos, el CdS entendió que la situación no presentaba una gravedad tal como para exigir una medida más incisiva

[11] Ferencz, *Defining Aggression*, Dobbs Ferry, 1975; BORMS,"The Definition of Aggression", *RCA-DI*,2199 y7,sls,.;pSpC. ISO, "L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea Ge-

nerale delle Nazione Unite", *RDI*, 1983, pp. 584 y ss.; etc.

que una simple recomendación. En otros muchos casos, sucedió que cualquier decisión de adoptar medidas concretas o de llevar a cabo una ac- ción determinada resultó imposible por causa del ejercicio del derecho de veto (real o previsible) por parte de un Miembro permanente. Esto explica porqué, en algunos eventos, el CdS se limitó a extraer algunas consecuencias obvias deducidas a partir de la constatación de una situa- ción calificable en alguno de los tipos del artículo 39, sin adoptar ninguna decisión sobre medidas más incisivas. En otros casos, el CdS preanunció la probable adopción de medidas, si una determinada situación persistía[12].

Si sus decisiones iniciales no han tenido efecto, e incluso si estima que es previsible que no lo tengan, el CdS puede decidir la adopción, en las relaciones con uno o más Estados u otros sujetos (p. ej. un movimiento insurreccional), de medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada y que son de naturaleza económica o política (las denominadas "sanciones"). El artículo 41 proporciona un elenco amplio, aunque no exhaustivo, de este tipo de medidas:

El CdS podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y po- drá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las re- laciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aére- as, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

---

[12] Por ejemplo, con la resolución 573 (1985) de 4-X-1985, el CdS condenó enérgica y unánimemente "el acto de agresión armada perpetrado por Israel contra el territorio de Túnez en patente violación de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho y de las normas de conducta internacionales". Se contempló, en este caso, el bombardeo de la localidad de Hamman Plage en las proximidades de la capital tunecina, donde tenía su sede el cuartel general de la Organización para la Liberación de Palestina. El CdS sólo afirmó que Túnez tenía "derecho a una reparación apropiada por las pérdidas de vidas humanas y por los daños mate- riales que ha sufrido y de los que Israel se reconoce responsable". El CdS no decidió ningu- na medida ulterior. Otro ejemplo fue la resolución 598 (1987) de 20-VII-1987. En este caso, el CdS declaró por unanimidad que el inicio y la continuación del conflicto entre Irán e Iraq constituían un quebrantamiento de la paz y exigía, "como primera medida" para llegar a un arreglo negociado, que ambos contendientes observasen inmediatamente una orden de ce- se el fuego, suspendiesen todas las acciones militares y retirasen todas las fuerzas hasta las fronteras reconocidas internacionalmente. El CdS no decidió ninguna medida posterior.

También en este caso, cualquier decisión sobre la oportunidad o conveniencia de adoptar medidas y, en caso afirmativo, sobre el tipo con- creto de medida a adoptar, tiene naturaleza política y se enmarcan en la amplia esfera de discrecionalidad del CdS. No obstante, una vez adopta- da, la decisión crea obligaciones jurídicas para los sujetos que son sus des- tinatarios, y en concreto para los Estados Miembros de las Naciones Uni- das, que deberán abstenerse de mantener con el sujeto destinatario de esas medidas las relaciones prohibidas[13].

Durante los años de la "guerra fría", la práctica relativa a la aplicación del artículo 41 se limitó a los únicos casos de las sanciones adopta- das en relación con Rhodesia del Sur en 1966 (prohibición de importa- ciones y exportaciones y otras medidas)[14], a las que se puso fin en 1979[15], y con Sudáfrica en 1977 (embargo a la venta de armas y material mili- tar)[16], a las que se puso fin en 1994[17], a causa de sus políticas de discrimi- nación racial.

Si las medidas de carácter económico o político se demuestran o se consideran inadecuadas, el CdS puede decidir recurrir a una acción de naturaleza militar (art. 42). Las decisiones sobre la oportunidad y conveniencia de emprender una acción que implique el uso de la fuerza y, en caso afirmativo, la decisión sobre el tipo concreto de acción (demostraciones, bloqueos, bombardeos aéreos, operaciones con tropas terrestres u

[13] Cabe señalar que el artículo 50 de la Carta prevé que si cualquier Estado confronta proble- mas económicos especiales originados por la ejecución de las medidas adoptadas por el CdS (p. ej. cuando una parte importante de las exportaciones de un Estado se dirigen al territo- rio del Estado objeto de las sanciones) tiene el derecho de consultar al propio CdS sobre la solución de estos problemas. Cabe igualmente referirse al deber de los Estados Miembros de la ONU de prestarse ayuda mutua para la ejecución de las medidas decididas por el CdS (art. 49).

[14] Resoluciones 232 (1966), de 16-XII-1966, adoptada por 11 votos a favor y 4 abstenciones (Bulgaria, Francia, Malí y Unión Soviética) y 253 (1968), de 29-V-1968, adoptada por unanimidad.

[15] Resolución 460 (1979), de 21-XII-1979, adoptada por 13 votos a favor y dos abstenciones (Checoslovaquia y Unión Soviética). Entre medias, Rhodesia del Sur se convirtió en el actual Zimbabwe.

[16] Resolución 418 (1977), de 4-XI-1977, adoptada por unanimidad.

[17] Resolución 919 (1994), de 25-V-1994, adoptada por unanimidad.

otras operaciones) tienen naturaleza política y se incluyen de nuevo en la amplia esfera de discrecionalidad del CdS[18].

Los contingentes militares y los otros instrumentos necesarios para desarrollar las acciones militares que decida el CdS (por ejemplo, los medios y los suministros, las bases militares, el uso del territorio,...) son medios que ponen a su disposición los Estados Miembros a través de convenios especiales (art. 43), que en la práctica los celebra el Secretario General de las Naciones Unidas por mandato del CdS. Se trata de una

[18] Se excluyen del presente trabajo el estudio de las denominadas "operaciones para el mantenimiento de la paz", por no tener, en principio, un carácter coercitivo. En la Opinión consultiva de 20-VII-1962 en el asunto relativo a *ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la CIJ, tras excluir que la *United Nations Emergency Force* (UNEF) fuese reconducible a una acción coercitiva (*enforcement action*), añadió que "*it is apparent that the operations were undertaken to fulfil a prime purpose of the United Nations, that is, to promote and to maintain a peaceful settlement of the situation*". *Confr. I.C.J. Reports, 1962*, p. 171. Debe señalarse, en todo caso, que a las primeras operaciones para el mantenimiento de la paz les han seguido, sobre todo en los últimos 16 años, otras muchas, investidas de muy variados objetivos: interposición en conflictos internos e internacionales en curso, prevención de conflictos potenciales, establecimiento y vigilancia de zonas de seguridad y de zonas fronterizas, distribución de ayuda humanitaria a la población implicada en los conflictos, adiestramiento de la policía y de las fuerzas armadas locales, vigilancia de los procesos de reorganización de la vida civil y otras. En los últimos tiempos se han establecido algunas operaciones mixtas de *peace-keeping* y de *peace-enforcement*, es decir, operaciones para el mantenimiento de la paz autorizadas a hacer uso de la fuerza cuando tal uso se considere necesario para dar cumplimiento a su mandato.Vid., entre otros: Assonitis, Aspects juridiques du déploiment préventif des forces des Nations Unies: le cas de l'ex-Republique yougoslave de Macédoine, *AFDI*, 1994, pp. 47 y ss.; Cardona Llorens, J., "Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?", *CEBDI*, .67, 52900y2,ssp.;pCellamare, *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*,Torino, 1999; Consigli, J. A.;Valladares, G., *Las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1997; Pineschi, L., *Le operazioni delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace*, Padova, 1999;Vacas Fernández, F., *Las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas y el principio de no intervención*, Valencia, 2003; Voelckel, "Quelques aspects de la conduite des opérations de maintien de la paix", *AFDI*, 1993, pp. 65 y ss.; Zacarias, *The United Nations and International Peacekeeping*,1L9o9n6d; eotnc,.

manifestación concreta de la obligación general de los Estados Miembros de cooperar con la ONU.

La Carta prevé el establecimiento de un Comité de Estado Mayor, compuesto por los Jefes de Estado Mayor de los 5 Miembros permanentes del CdS y encargado, entre otras cosas, de ayudar al CdS en los planes para el empleo de la fuerza armada y asumir la dirección estratégica de las fuerzas puestas a su disposición. Durante los años que duró la denominada "guerra fría", las disposiciones de la Carta relativas al Comité de Estado Mayor (arts. 45 a 47) no se aplicaron nunca debido a la persistente indisponibilidad de varios Estados para someter a sus propias fuerzas a un mando extranjero. El único caso durante este período en el que el CdS autorizó a los Estados Miembros a utilizar la fuerza fue durante la crisis de Corea. En esta ocasión, el CdS adoptó tres resoluciones. Con la resolución 82 (1950), de 25-VI-1950[19], el CdS determinó que el ataque armado a la República de Corea por parte de las fuerzas de Corea del Norte constituía un quebrantamiento de la paz. Con la resolución 83 (1950), de 27-VI-1950[20], el CdS recomendó a los Miembros de Naciones Unidas que proporcionasen a la República de Corea la ayuda necesaria para rechazar el ataque armado y restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región. Con la resolución 84 (1950), adoptada el 7-VII-1950[21], el CdS solicitó a los Estados Unidos que designase al comandante de las fuerzas suministradas por los Estados Miembros y autorizó el uso de la bandera de las Naciones Unidas junto a las de los varios Estados Miembros participantes en las operaciones[22].

III | ¿El renacimiento del Consejo de Seguridad?

El final de la "guerra fría" y el consiguiente acercamiento de las superpotencias permitió que el recurso al ejercicio del derecho de veto por parte de los Miembros permanentes del CdS se atenuase, haciendo concebir grandes esperanzas en un renacimiento del CdS como garante

[19] Adoptada por 9 votos a favor, ninguno en contra y 1 ausencia.

[20] Adoptada por 7 votos a favor, 1 en contra y 1 ausencia.

[21] Adoptada por 7 votos a favor, 3 abstenciones y 1 ausencia.

[22] La ausencia de la Unión Soviética en las tres votaciones se debió a la protesta contra la presencia, en los órganos de la ONU, de la China nacionalista en lugar de la China popular.

del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta nueva etapa del funcionamiento del CdS se hizo evidente, sobre todo, con motivo de la primera “guerra del Golfo”[23]. Las esperanzas depositadas en que el mecanismo de seguridad colectiva funcionase de manera eficaz en el nuevo contexto mundial, haciendo realidad el viejo sueño de Haile Selas- sie, estaban latentes en el discurso pronunciado por el representante de los Estados Unidos, señor James Baker, el 29-XI-1990, cuando el CdS te- nía que decidir sobre las medidas a adoptar como consecuencia de la anexión por la fuerza de Kuwait por parte del Iraq:

Quiero iniciar este debate con una cita que, a mi juicio, indica con elocuencia las circunstancias de nuestro debate de hoy. La cita es la siguiente:

> No hay precedente de que un pueblo haya sido víctima de tanta injusticia ni de que se haya visto amenazado de ser abandonado a un agresor. Tampoco nunca antes ha habido un ejemplo de que un gobierno procediera con la exterminación sistemática de una nación con medios bárbaros, en violación de las promesas más solemnes hechas a todas las naciones de la Tierra de que no se recurriría a una guerra de conquista y de que no se utilizarían gases ve- nenosos, terribles y perjudiciales, contra seres humanos inocentes.

Creo que estas palabras bien hubieran podido ser pronunciadas por el Emir de Kuwait, pero no son palabras suyas. Fueron dichas en 1936 y no en 1990. Provienen de Haile Selassie, el líder de Etiopía, un hombre que vio cómo se conquistaba y se ocupaba a su país en forma muy simi- lar a la acción brutal que Kuwait viene padeciendo desde el 2 de agosto. Lamentablemente, esa apelación a la Sociedad de las Naciones finalmente

[23] *Vid.*, entre otros: Acosta Estevez; Piñol I Rull, “Legitimidad, legalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza armada contra Irak”, *ADI*, 1994, pp. 15 y ss.; Dupuy, P.-M., “Après la guerre du Golfe”, *RGDIP*, 1991, pp. 621 y ss.; Remiro Brotóns, A., “La crisis del Golfo y el nuevo orden internacional”, *PE*,. 19909y0,ssp.p; Sánchez Rodríguez, L. I., “La invasión de Kuwait por Iraq y la acción del CdS de las Naciones Unidas”, *CDIVG*, 1991, pp. 15 y ss.; Schachter, “United Na- tions Law in the Gulf Conflict”, *AJIL*, 1991, pp. 452 y ss.; Weckel, “La Chapitre VII de la

Char- te et son application par le Conseil de Sécurité", *AFDI*, 1991, pp. 165 y ss.

cayó en oídos sordos. Los esfuerzos de la Sociedad por remediar la agresión fracasaron y sobrevinieron el desorden internacional y la guerra[24].

La invasión y anexión de Kuwait por Iraq marcó el inicio de una nueva etapa, en la que el CdS ha aumentado cuantitativa y cualitativamen- te las medidas adoptadas en casos de amenazas a la paz, quebrantamien- tos de la paz o actos de agresión. Además de las medidas expresamente previstas en la Carta, deben también tomarse en consideración la gran va- riedad de medidas atípicas, aunque siempre respondiendo a la finalidad del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que el CdS ha adoptado desde 1990.

La gran discrecionalidad de la que goza el CdS se ha hecho mu- cho más evidente en este período. A la constatación de la existencia de un tipo cualificado del artículo 39 en ocasiones no le ha seguido más que una mera recomendación. Por ejemplo, con la resolución 1467 (2003), de 18- III-2003, el CdS expresó su preocupación por el grave problema regional que para África occidental representa la proliferación de armas pequeñas o ligeras y de mercenarios, limitándose a recomendar maneras de resol- ver el problema. En algunas ocasiones, el CdS ha considerado oportuno li- mitarse a expresar su apoyo a un proceso de paz ya iniciado (o conclui- do) en otra sede. Así, con la resolución 1031 (1995), de 15-XII-1995, el CdS expresó por unanimidad su beneplácito y apoyo al Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia-Herzegovina, suscrito por Bosnia-Herzegovina, Croacia y Yugoslavia (París, 14-XII-1995) y al Acuerdo sobre el estableci- miento de la Federación de Bosnia-Herzegovina (Dayton, 10-XI-1995), manifestando además su apoyo al compromiso de la Organización para la

[24] NU, doc. S/PV.2963, pp. 2-6. En esta cita se hace referencia al discurso pronunciado el 30-VI- 1936 por el depuesto Emperador de Etiopía, señor Haile Selassie, ante la Asamblea General de la Sociedad de las Naciones, al discutirse la revocación de las sanciones contra Italia. El se- ñor Selassie indicó que perdonar o condonar la agresión de Italia contra Etiopía equivalía a renegar del fundamento mismo de la Sociedad de las Naciones: "I assert that the issue befo- re the Assembly today is much a wider one. It is not merely a question of a settlement in the matter of Italian aggression. It is a question of collective security; of the very existence of the League; of the trust placed by States in international treaties; of the value of promises made to small States that their integrity and their independence shall be respected and assured. It is a choice between the principle of the equality of States and the imposition

upon small Po-

Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) de ayudar a las partes a fin de crear las condiciones para una paz estable en la región[25].

También en esta etapa se han producido casos en los que el CdS se ha limitado a extraer algunas consecuencias obvias que se derivaban de la previa constatación de un tipo cualificado del artículo 39, sin adop- tar posteriores decisiones sobre medidas más incisivas o simplemente anunciando la posibilidad de adoptarlas si una situación concreta persistía. Así, con la resolución 1172 (1998), de 6-VI-1998, el CdS, profundamente preocupado por el riesgo de una carrera de armamentos nucleares en Asia meridional, reiteró que "la proliferación de todas las armas de des- trucción en masa constituye una amenaza a la paz y la seguridad interna- ciones" y condenó unánimemente los experimentos nucleares llevados a cabo por India y Pakistán en mayo de 1998. También con la resolución 1177 (1998), de 26-VI-1998, el CdS, tras expresar su grave preocupación por el conflicto entre Etiopía y Eritrea, así como por sus consecuencias para la región y sus efectos para la población civil, condenó unánimemen- te el uso de la fuerza en este conflicto y solicitó a las partes que agota- sen todos los medios para alcanzar una solución pacífica de la controver- sia sobre la delimitación de sus fronteras. Un contenido similar tuvo la resolución 1227 (1999), de 10-II-1999, adoptada por unanimidad después de que los dos Estados reanudasen las hostilidades, en la que el CdS des- tacó que "la situación entre Etiopía y Eritrea constituye una amenaza pa-

wers of the bonds of vassallage. In a word it is international morality that is at stake" (League of nations, *Official Journal*, Special Supplement No. 151, 1936, p. 25).

[25] *Vid.* Christakis, T., L'onu. *Le Chapitre VII et la crise* la reso-
yougoslave,TPamarbísi,é1n99co6n.

lución 1464 (2003), de 4-II-2003, el CdS refrendó el Acuerdo de Linas-Marcoussis y acogió con beneplácito el despliegue de efectivos de Francia y de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) en Costa de Marfil, para facilitar el establecimiento del gobierno de reconciliación nacional. Esta crisis tuvo sus orígenes en el amotinamiento de tropas ocurrido en Abidján el 19-IX-2002 y en el alzamiento de diversos grupos rebeldes por todo el territorio de Costa de Marfil.Tras el cese el fuego, se celebró en París en enero de 2003 una conferencia de todas las partes de Costa de Marfil bajo la presidencia de Fran- cia. En ella se logró la adopción del Acuerdo de Linas-Marcoussis, refrendado por los Jefes de Estado de la región, que permitió establecer un gobierno de reconciliación nacional.También con su resolución 1445 (2002), de 4-XII-2002, el CdS acogió

con beneplácito la firma de los Acuerdos de Pretoria y de Luanda por los Gobiernos de la República Democrática del Con-

ra la paz y la seguridad internacionales". También con la resolución 1214 (1998), de 8-XII-1998, el CdS, tras haber expresado su grave preocupación por el agravamiento del conflicto interno en Afganistán como resultado de la ofensiva de las fuerzas talibanas, lo que "representa una amenaza cada vez más grave contra la paz y la seguridad regionales e internacionales", exigió unánimemente que los talibanes y las otras facciones afganas implicadas concluyeran un acuerdo de cese el fuego y reanudasen las negociaciones sin demoras ni condiciones previas. También exigió que las facciones afganas pusieran fin a la discriminación de las niñas y las mujeres y a las violaciones del Derecho Internacional humanitario, así como que los talibanes cesasen de proporcionar "santuario" y adiestramiento a los terroristas, así como de cultivar y traficar con sustancias estupefacientes. Deplorando además la falta de cumplimiento de sus precedentes resoluciones por parte de los talibanes, el CdS expresó "su disposición de considerar la imposición de medidas" sancionadoras. Éstas fueron efectivamente adoptadas posteriormente con la resolución 1267 (1999), de 15-X-1999[26].

En otros casos, el CdS ha conminado a uno o a más Estados a seguir un comportamiento concreto dirigido a restablecer la situación legítima que existía anteriormente. Así, con la resolución 660 (1990), de 2-VIII-1990[27], el CdS cualificó la invasión de Kuwait por Iraq (que, en muchos aspectos se podía haber considerado como un acto de agresión) como un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales. Tras condenar la invasión, exigió al Iraq que retirase de inmediato e incondicionalmente todas sus fuerzas a las posiciones que se encontraban antes de la invasión, exhortando a ambos Estados a iniciar de inmediato negociaciones intensivas para resolver sus controversias. Una semana después, con la resolución 662 (1990), de 9-VIII-1990, el CdS, gravemente alarmado por la declaración del Iraq sobre una "fusión total y eterna" con Kuwait, deci-

go y los Gobiernos de Ruanda y Uganda, respectivamente; acogió igualmente con beneplácito el retiro de la mayor parte de las fuerzas extranjeras de la República Democrática del Congo.

[26] A estas medidas se les puso fin a través de las resoluciones 1388 (2002), de 15-I-2002 y 1390 (2002), de 16-I-2002, del CdS.

[27] Adoptada por 14 votos a favor, con la no participación en la votación de Yemen.

dió por unanimidad que la anexión de Kuwait por el Iraq carecía de vali- dez jurídica y tenía que considerarse nula y sin valor.

Igualmente dirigidas a restablecer una situación que no pusiera en peligro la paz y la seguridad internacionales, aunque no fuese necesariamente la misma situación que existía previamente, son las decisiones con las cuales el CdS ha determinado las medidas a seguir para la solución de un conflicto interno o internacional (a veces, aunque no siempre, un conflicto resultante de las propias decisiones del CdS autorizando el uso de la fuerza). De esta forma, con la resolución 687 (1991), de 3-IV- 1991[28], el CdS, felicitándose por el restablecimiento de la soberanía, de la independencia y de la integridad territorial de Kuwait, como consecuen- cia de la acción militar autorizada mediante la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, detalló las medidas necesarias para que fuese restablecida la paz y la seguridad internacionales en la región[29]. Con la resolución 833 (1993), de 27-V-1993, el CdS reafirmó por unanimidad que las decisiones

[28] Adoptada por 12 votos a favor, 1 en contra (Cuba) y dos abstenciones (Ecuador y Yemen).

[29] Entre otras cosas, el CdS exigió que Iraq y Kuwait respetasen la inviolabilidad de la frontera internacional establecida por un tratado previo de 1963 y adoptasen, con la ayuda del Secretario General de la ONU, las disposiciones necesarias para la demarcación de la frontera; creó una zona desmilitarizada a lo largo de la frontera entre los dos Estados y estableció para su vigilancia una unidad de observación de la ONU; decidió que Iraq debía aceptar incondicionalmente la destrucción, remoción o neutralización, bajo supervisión internacional, de una serie de armamentos, como las armas químicas y biológicas, los misiles balísticos con un alcance de más de 150 Km., creando para su inspección una Comisión Especial de las Naciones Unidas (UNSCOM, *United Nations Special Commission*); decidió que Iraq debía acceder incondicionalmente a no adquirir ni desarrollar armas nucleares, invistiendo a la UNSCOM con funciones de inspección a este respecto; reafirmó que Iraq era responsable, con arreglo al Derecho Internacional, de todos los daños, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, como también de todos los perjuicios sufridos por otros Estados y por personas físicas y empresas extranjeras, resultantes directamente de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por parte del Iraq; decidió crear un Fondo de indemnización de los daños y perjuicios apenas mencionados y constituir una Comisión encargada de administrar este fondo, nutrido de un porcentaje del valor de sus exportaciones de petróleo y de productos derivados del petróleo; decidió que el cese el fuego entre Iraq y los Estados Miembros que habían cooperado con Kuwait entraría en vigor apenas Iraq aceptase las disposiciones contenidas en la propia resolución 687 (1991).Tal aceptación se produjo el 6-IV-1991.

de la Comisión de demarcación de la frontera entre Iraq y Kuwait tenían carácter definitivo y que ambos Estados debían respetar la inviolabilidad de la frontera así definida. Con la resolución 859 (1993), de 24-VIII-1993, el CdS afirmó por unanimidad los principios que debían seguirse en la so- lución del conflicto en Bosnia-Herzegovina. Con la resolución 1244 (1999), de 10-VI-1999, también dirigida a solucionar una delicada crisis in- ternacional, el CdS adoptó medidas para hacer frente a la grave situación humanitaria existente en Kosovo y garantizar el regreso libre y seguro de todos los refugiados y prófugos a sus casas.

Un desarrollo espectacular en la práctica de los últimos 15 años han tenido las medidas adoptadas conforme al artículo 41 de la Carta. A veces, las medidas han afectado a un Estado o a un movimiento insurrec- cional responsable de incumplimientos concretos. En otros casos, las me- didas, consistentes sobre todo en la prohibición de suministrar armas o materiales militares, han tenido el objetivo de prevenir la continuación o el agravamiento de un conflicto, sin que se hubiese precisado cuál de las partes era la responsable. Con la resolución 661 (1990), de 6-VIII-1990[30], el CdS, tras constatar que Iraq no había cumplido con la resolución 660 y había usurpado la autoridad del Gobierno legítimo de Kuwait, decidió una serie de medidas económicas contra Iraq. Éstas incluyeron, entre otras, la prohibición de la importación a su territorio o la venta de todos los pro- ductos originarios del Iraq o Kuwait y exportados desde estos países des- pués de la fecha de adopción de esta resolución[31]. Tras la finalización del

[30] Adoptada por 13 votos a favor y 2 abstenciones (Cuba y Yemen).

[31] La UNSCOM, establecida en virtud de la resolución 661 (1990), de 6-VIII-1990, relativa a la situación entre el Iraq y Kuwait, recibió del CdS el mandato de velar por la aplicación efectiva de las disposiciones de las resoluciones relativas a las sanciones impuestas contra el Iraq, en especial las resoluciones 661 (1990), de 6-VIII-1990; 665 (1990), de 25-VIII-1990; 666 (1990), de 13-IX-1990; 669 (1990), de 24-IX-1990; 670 (1990), de 25-IX-1990; 687 (1991), de 3-IV-1991; 692 (1991), de 20-V-1992; 700 (1991), de 17-VI-1991; 706 (1991), de 15-VIII-1991; 707 (1991), de 15-VIII-1991; 712 (1991), de 19-IX-1991; 715 (1991), de 11-X-1991; 773 (1992), de 26-VIII-1992; 778 (1992), de 2-X-1992; 806 (1993), de 5-II-1993; 833 (1993), de 27-V-1993; 899 (1994), de 4-III-1994; 986 (1995), de 14-IV-1995; 1111 (1997), de 4-VI- 1997; 1143 (1997), de 4-XII-1997; 1153 (1998), de 20-II-1998; 1158 (1998), de 25-III-1958; 1175 (1998), de 19-VI-1998; 1210 (1998), de 24-XI-1998; 1242 (1999), de 21-V-1999; 1266 (1999), de 4-X-1999; 1281 (1999), de 10-XII-1999; 1284 (1999), de 17-XII-

1999; 1293

conflicto entre Iraq y Kuwait, se impuso al Iraq, entre otras, la obligación de indemnizar por los daños causados[32]. Con la resolución 773 (1992), de 23-I-1992, el CdS,"gravemente alarmado por el rápido deterioro de la situación en Somalia" a causa de la guerra civil entre varias facciones y "preocupado porque la persistencia de esta situación constituye (...) una amenaza a la paz y la seguridad internacionales", decidió por unanimidad que

(2000), de 31-III-2000; 1302 (2000), de 8-VI-2000; 1330 (2000), de 5-XII-2000; 1352 (2001), de 1-VI-2001; 1360 (2001), de 3-VII-2001; 1382 (2001), de 29-XI-2001; 1409 (2002), de 14-V-2002; 1441 (2002), de 8-XI-2002; 1443 (2002), de 25-XI-2002; 1447 (2002), de 4-XII-2002; 1454 (2002), de 30-XII-2002; 1472 (2003), de 28-III-2003; 1476 (2003), de 24-IV-2003 y 1483 (2003), de 22-V-2003. La aplicación de algunas de estas medidas se suspendió por motivos humanitarios con la resolución 986 (1995), de 11-IV-1995, adoptada por unanimidad. Dentro del régimen de sanciones, esta resolución instauró un Programa de "petróleo por alimentos", que se fue prorrogando durante ocho años. La resolución 1409 (2002), de 14-V-2002 modificó significativamente el Programa a la luz de la nueva lista de artículos su- jetos a examen, lo que facilitó el suministro de bienes humanitarios al Iraq y al mismo tiem- po fortaleció el control de los bienes o productos relacionados con la esfera militar y los productos de doble uso. Las demás medidas siguieron vigentes, salvo por lo dispuesto en la resolución 1284 (1999), de 17-XII-1999 (adoptada por 11 votos a favor y las abstenciones de China, Francia, Malasia y Rusia), que estableció la Comisión de las Naciones Unidas de Vigilancia,Verificación e Inspección (UNMOVIC), sucesora de la UNSCOM, y suspendió la aplicación de algunas medidas contra el Iraq. En su resolución 1483 (2003), de 22-V-2003, el CdS levantó el régimen de sanciones contra el Iraq a partir del 21-XI-2003, fecha en la que se puso término al Programa de "petróleo por alimentos", y decidió mantener únicamente el embargo de armas.

[32] La resolución 687 (1991), de 3-IV-1991, estableció una Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, cuyo mandato era tramitar las reclamaciones y conceder indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos como resultado directo de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por parte del Iraq. Los fondos que se han utilizado para pagar las indemnizaciones provienen del Fondo de Indemnización de las Naciones Unidas, que recibe un porcentaje de los ingresos procedentes de las ventas de exportación de petróleo y productos de- rivados del petróleo del Iraq. El porcentaje, inicialmente fijado en un 30% por el CdS en su resolución 705 (1991), se mantuvo a ese nivel en la resolución 986 (1995), de 14-IV-1995 y en las resoluciones posteriores en las que se estableció el Programa de "petróleo por alimentos" y se prorrogó su aplicación. El nivel de financiación se fijó en un 25% a partir de diciembre de 2000 en la resolución 1330 (2000), de 5-XII-2000. En el párrafo 21 de la reso-

los Estados debían aplicar “un embargo general y completo de todos los suministros de armas y equipo militar a Somalia”[33]. El CdS, en su resolución 757 (1992), de 30-V-1992[34], tras condenar el hecho de que Yugosla- via no hubiese puesto fin a sus injerencias militares en Bosnia-Herzegovi- na, adoptó una serie de medidas económicas contra Yugoslavia. Éstas incluyeron, entre otras, la prohibición de las importaciones y venta de los productos o bienes originarios de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), de las comunicaciones aéreas, de la participación en acontecimientos deportivos y la reducción del nivel de las misiones di- plomáticas y consulares[35]. Con la resolución 788 (1992), de 19-XI-1992, el CdS, tras declarar que el deterioro de la situación en Liberia constituía una grave amenaza para la paz y la seguridad internacionales, particular- mente en el África occidental en su conjunto, así como condenando “la violación de la cesación del fuego convenida el 28-XI-1990 que sea impu- table a cualquiera de las partes en el conflicto”, decidió por unanimidad imponer “un embargo general y completo de todos los envíos de armas

lución 1483 (2003), de 22-V-2003, el CdS fijó en un 5% el porcentaje de los ingresos procedentes de las ventas de exportación del petróleo y productos derivados del petróleo y gas natural del Iraq que debían depositarse en el Fondo de Indemnización. A fecha de 31-VII- 2003, la Comisión había abonado ya indemnizaciones por un total de 46.254.389.388 dóla- res en relación con 1.508.179 reclamaciones de particulares, empresas y gobiernos.

33 Mediante la resolución 1425 (2002), de 22-VII-2002, el CdS intensificó el embargo de armas a Somalia y estableció un “Grupo de expertos” encargado de obtener información sobre las violaciones y fortalecer la aplicación del embargo de armas. Con la resolución 1474 (2003), de 8-IV-2003, el CdS decidió “volver a establecer un Grupo de expertos por un período de 6 meses” con el mandato de, entre otras cosas, “investigar las infracciones del embargo de armas que hubiesen tenido lugar en Somalia por tierra, aire y mar”, y afinar las recomendaciones presentadas en su informe. Este “Grupo de expertos” fue sustituido por un “Grupo de supervisión” con la resolución 1519 (2003), de 16-XII-2003, del CdS.

34 Adoptada por 13 votos a favor y 2 abstenciones (China y Zimbabwe).

35 Las sanciones fueron extendidas con la resolución 820 (1993), de 17-IV-1993 (adoptada por 13 votos a favor y las 2 abstenciones de China y Rusia); suspendidas por tiempo indeterminado con la resolución 1022 (1995), de 22-XI-1995, adoptada por unanimidad inmediatamente después de la firma de los Acuerdos de paz de Dayton entre Bosnia-Herzegovina, Croacia y Yugoslavia; y finalmente levantadas por unanimidad con la resolución 1074 (1996)

de 1-X-1995.

y equipo militar” a Liberia[36]. Con la resolución 1160 (1998), de 31-III-1998[37], el CdS, tras condenar el uso excesivo de la fuerza por parte de la policía serbia contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo, así como los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo o de cualquier otro grupo o individuo, instó a Yugoslavia a tomar medidas inmediatas para conseguir una solución política de la cuestión de Kosovo mediante el diálogo. También decidió la prohibición de la venta o suministro a Yugoslavia, Kosovo incluido, de armamentos y material conexo[38]. Las medidas de embargo también pueden tener como destinatarios a los movi- mientos insurreccionales, como sucedió con la prohibición de venta o su- ministro de material militar a la UNITA (*Uniao Nacional para a Independência Total de Angola*), decidida unánimemente por el CdS tras ha- ber “determinado que, como resultado de las acciones militares de la UNITA, la situación en Angola constituye una amenaza a la paz y la segu- ridad internacionales” con su resolución 864 (1993), de 15-IX-1993, y con ulteriores medidas[39].También en el caso de Sierra Leona, con la resolución 1171 (1998), de 5-VI-1998, el CdS, deplorando la continuación de la re- sistencia a la autoridad del legítimo Gobierno de Sierra Leona, decidió una serie de medidas contra los dirigentes de la ex junta militar y el Fren- te Revolucionario Unido, tales como el embargo de armas y materiales militares o la prohibición de la entrada y tránsito de sus dirigentes en el territorio de todos los Estados[40].

En la práctica reciente del CdS se encuentran igualmente varios ejemplos de medidas atípicas, no expresamente previstas en ningún artí-

---

[36] El 6-V-2003, el CdS prorrogó las sanciones contra Liberia por otro período de 12 meses. En esa fecha, el CdS también decidió prohibir la importación de troncos y productos de madera procedentes de Liberia. Estas sanciones entraron en vigor el 7-VII-2003, por un período de 10 meses.

[37] Adoptada por 14 votos a favor y una abstención (China).

[38] El 10-IX-2001,el CdS aprobó la resolución 1367 (2001), por la que levantó el embargo de armas impuesto a la República Federativa de Yugoslavia.

[39] Por ejemplo, la prohibición del comercio de diamantes y de petróleo y productos derivados del petróleo, conforme a las resoluciones 1127 (1997), de 28-VIII-1997, y 1173 (1998), de 12-VI-1998, ambas aprobadas por unanimidad. El 9-XII-2002 el CdS aprobó la resolución 1448 (2002), por la cual levantó todas las sanciones impuestas a UNITA.

[40] Con el inicio del funcionamiento del Tribunal Especial para Sierra Leona y de la Comisión de

culo de la Carta, pero adoptadas por el CdS en el ejercicio de su general responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales y sobre la base del Capítulo VII de la Carta. Entre estas medidas se incluyen decisiones que tienen objetivos muy heterogéneos, como el restablecimiento de un gobierno legítimamente electo[41], la creación de un tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos por los individuos[42] o el some-

la Verdad y la Reconciliación, el CdS mejoró la situación de Sierra Leona. Así, por ejemplo, el embargo contra la importación de diamantes en bruto procedentes de Sierra Leona sin un certificado de origen válido, impuesto por la resolución 1306 (2000) y prorrogado en la resolución 1446 (2002) del CdS, expiró el 4-VI-2003.

[41] Con la resolución 841 (1993), de 16-VI-1993, el CdS constató por unanimidad que el no restablecimiento en Haití del Gobierno legítimamente electo del Presidente Aristide y la persistencia de un clima de temor, de persecución y de dislocación económica, que aumentaba el número de los haitianos que buscaban refugio en los Estados vecinos, constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales en la región. En la misma resolución se decidieron medidas de embargo comercial en las relaciones con Haití. Estas medidas fueron reforzadas con la resolución 917 (1994), de 6-V-1994, que por unanimidad obligaba a todos los Estados a prohibir el ingreso en sus territorios de los principales participantes en el golpe de Estado haitiano de 1991; siendo finalmente anuladas con la resolución 944 (1994), de 29-IX-1994, al considerar por mayoría (13 votos a favor y las abstenciones de Brasil y Rusia) el inminente restablecimiento en Haití del Gobierno legítimo de Jean-Bertand Aristide. Véase el coloquio "The 1994 U.S. Action in Haiti", *AJIL,* 1995, pp. 58 y ss., así como: Escudero Espinosa, "¿Hacia una intervención armada en favor de la democracia? El precedente de Haití", *ADI*, 1996, pp. 297 y ss.; Remiro Brotons, A.,"No intervención versus injerencia humanitaria y principio democrático", *AADI*, 1996-1997, pp. 105 y ss. Otro ejemplo se produjo con la resolución 1132 (1997), de 8-X-1997, en la que el CdS, tras determinar "que la situación en Sierra Leona constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región", decidió por unanimidad una serie de medidas en relación con los miembros de la junta militar que detentaba el poder en Sierra Leona, exhortándoles a abandonar el poder y dejar paso a la restauración del Gobierno elegido democráticamente y la vuelta al orden constitucional. A estas medidas el CdS les puso fin con la resolución 1156 (1998), de 16-III-1998, en la que unánimemente constató el retorno a Sierra Leona de su Presidente elegido democrática- mente.

[42] Con la resolución 808 (1993), de 22-II-1993, el CdS determinó por unanimidad que "las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario en la ex-Yugoslavia, con inclu-

sión de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de la «depuración étnica»", cons-

timiento a juicio de individuos acusados de graves actos de terrorismo o atentados[43].

Los interrogantes sobre la conformidad con la Carta de las medidas atípicas y de la amplia noción de la expresión "amenazas a la paz" que tales medidas presuponen deben ser resueltos con una respuesta afirmativa, considerando el texto tan genérico de los artículos 39 y 41 de

---

tituían "una amenaza a la paz y la seguridad internacionales" y decidió establecer un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991. El Estatuto del Tribunal se aprobó por unanimidad con la resolución del CdS 827 (1993), de 25-V-1993. Otro caso análogo se produjo con la resolución 955 (1994), de 8-XI-1994, aprobada por 13 votos a favor, el voto en contra de Ruanda y la abstención de China. En esta resolución, el CdS determinó que "el genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del Derecho Internacional Humanitario" cometidas en Ruanda constituían "una amenaza a la paz y la seguridad internacionales" y decidió el establecimiento de un Tribunal internacional para enjuiciar a las personas responsables de estas violaciones cometidas en el territorio de Ruanda y en el territorio de los Estados vecinos en el pe- ríodo comprendido entre el 1-I-1994 y el 31-XII-1994. El Estatuto del Tribunal se anexó a la resolución citada.

43 Con la resolución 748 (1992), de 31-III-1992, el CdS declaró por mayoría (10 votos a favor y las 5 abstenciones de Cabo Verde, China, India, Marruecos y Zimbabwe) que el hecho de que el Gobierno de Libia no demostrase mediante acciones concretas su renuncia al terro- rismo y, en particular, su falta de colaboración en la determinación de las responsabilidades penales por los atentados terroristas contra los vuelos *iPcaannA1m03er* (avión civil estadounidense que explotó en vuelo en 1988, cayendo sobre la localidad escocesa de Lockerbie) y *Union des Transports Aériens 772* (avión civil francés que explotó en vuelo en 1989 sobre Nigeria) constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. En la misma resolución, el CdS decidió una serie de medidas contra Libia, entre las que se incluyeron la prohibición de las comunicaciones aéreas; la prohibición de suministrarle armas y material conexo de todo tipo; y la reducción del número y la categoría del personal de las misiones diplomáticas y consulares. Con la resolución 883 (1993), de 11-XI-1993, el CdS por mayoría (adoptada por 11 votos a favor y las 4 abstenciones de China, Djbuti, Marruecos y Pakistán) extendió las medidas al bloqueo de fondos y recursos financieros de propiedad o controlados directa o indirectamente por el Gobierno o las empresas libias, salvo el resultado de la venta o suministro de petróleo o productos derivados del petróleo. Con la resolución 1192 (1998), de

27-VIII-1998, se abrieron las perspectivas para una solución de esta crisis. En esta resolución,

el CdS acogió unánimemente con beneplácito la iniciativa de procesar a dos ciudadanos li- bios acusados de provocar la explosión del vuelo *PANAM 103* ante un tribunal escocés que se constituiría específicamente en los Países Bajos. El CdS decidió, además, que las medidas contra Libia se suspenderían inmediatamente en cuanto los dos acusados llegasen a los Paí- ses Bajos para ser enjuiciados y cuando Libia diera satisfacción a Francia por el atentado con- tra el vuelo *UTA 772*. Las medidas de sanción se suspendieron el 5-IV-1999, cuando el Secre- tario General de la ONU informó al CdS que los dos acusados se habían entregado a los Países Bajos para ser juzgados y que Francia había declarado que las condiciones exigidas en la resolución 1192 (1998) se habían cumplido. *Confr.* NU, doc. S/PRST/1999/10: Declaración del Presidente del CdS de 8-IV-1999. La salomónica sentencia de 31-I-2001 sobre el asunto Lockerbie está disponible en la dirección de Internet: «http://www.thelockerbietrial.com». Mediante carta fechada el 15-VIII-2003, Libia aceptó su responsabilidad por los actos come- tidos por funcionarios libios, el pago de una indemnización adecuada, la renuncia al terroris- mo y manifestó su compromiso de cooperar en cualesquiera nuevas solicitudes de informa- ción relacionadas con la investigación (NU, doc. S/2003/818). Mediante resolución 1506 (2003), de 12-IX-2003, el CdS decidió "levantar, con efecto inmediato" las medidas de san- ción impuestas a Libia en 1992 y 1993. Un segundo caso se dio con la resolución 1054 (1996), de 26-IV-1996. Con esta resolución, adoptada por mayoría (por 13 votos a favor y las dos abstenciones de China y Rusia), el CdS determinó que la no extradición por Sudán a Etiopía de las tres personas sospechosas de un atentado terrorista para asesinar al Presi- dente egipcio Mubarak, ocurrido en Addis Abeba (Etiopía) el 26-VI-1995, constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Con la misma resolución, el CdS decidió que los Estados debían reducir considerablemente el número y la categoría del personal de sus misiones diplomáticas y consulares en Sudán y restringir la entrada y el tránsito en su terri- torio de los integrantes y funcionarios del Gobierno sudanés y de los miembros de las fuer- zas armadas sudanesas. Con la resolución 1372 (2001), de 28-IX-2001, el CdS levantó las sanciones contra el Sudán, tras observar "las medidas adoptadas por el Gobierno del Sudán para cumplir" las resoluciones previas del CdS y tras tomar "conocimiento de la carta del Mi- nistro interino de Relaciones Exteriores de la República Democrática Federal de Etiopía, de fecha 5-VI-2000, y de la carta del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Árabe de Egipto, de fecha 9-VI-2000, en favor de que se levanten las sanciones impuestas a la Re- pública del Sudán". Un tercer caso se produjo con la resolución 1267 (1999), de 15-X-1999, en la que el CdS, habiendo determinado que dar "santuario" y adiestrar a terroristas interna- cionales, así como no cooperar con los esfuerzos para enjuiciar a los inculpados de actos de terrorismo constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, y tomando no- ta de la negativa de las autoridades talibanes de contestar a la petición de extradición de los Estados Unidos para enjuiciar a Osama Bin Laden, decidió por unanimidad exigir a la facción llamada Talibán (o

Emirato Islámico del Afganistán) la entrega de Osama Bin Laden, acusado

la Carta. Las medidas atípicas comprenden todas las medidas que, en relación a las circunstancias propias de los casos concretos y según el am- plio margen de discrecionalidad política que le compete, parezcan al CdS apropiadas para hacer frente a una situación. Los únicos límites a tan am- plio margen de discrecionalidad del CdS, que no puede transformarse en un órgano desvinculado de la legalidad, se dan por la conformidad de sus acciones con el ámbito "constitucional" de la competencia de las Nacio- nes Unidas. Debe, por lo tanto, determinarse una efectiva situación de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y que la medida atípica sea potencialmente idónea para ponerle remedio. En este sentido, en la sentencia de 2-X-1995 en el asunto *Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, sobre la base de una amplia serie de argumentaciones, llegó a la conclusión de que el propio Tribunal había sido legítimamente establecido como medida adoptada sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas[44].

También los años siguientes al final de la "guerra fría" han visto una eclosión de medidas de sanción adoptadas por el CdS que implican el uso de la fuerza. En algunos casos, las acciones que implican el uso de la fuerza militar han tenido como único fin el garantizar el cumplimiento de las medidas económicas previamente decididas por el CdS (a este respecto, se ha hecho referencia, para poner en evidencia el carácter elásti-

---

por el atentado de 7-VIII-1998 contra las embajadas de los Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania), a las autoridades de un país en el que pudiera ser enjuiciado. El CdS decidió igualmente establecer algunas medidas económicas (prohibición de las comunicaciones aéreas, congelamiento de fondos financieros) dirigidas a castigar a los talibanes.

[44] Entre otras cosas, el Tribunal destacó lo siguiente: "Plainly, the Security Council is not a judicial organ and is not provided with judicial powers (though it may incidentally perform certain quasi-judicial activities, such as effecting determinations or findings).The principal function of the Security Council is the maintenance of international peace and security, in the discharge of which the Security Council exercises both decision-making and executive powers. The establishment of the International Tribunal by the Security Council does not signify, however, that the Security Council has delegated some of its own functions or the exercise of some of its powers. Nor does it mean, in reverse, that the Security Council was usurping for itself part of a judicial function which does not belong to it but to other organs of the

United Na-

co de las normas de la Carta, a un inexistente artículo 41 y medio)[45]. En otros casos, las acciones que implican el uso de la fuerza se cualificaron con un objetivo preciso, como el garantizar, en una situación de guerra civil y carestía, la efectiva distribución a sus destinatarios de la ayuda suministrada a título humanitario[46]; o el restaurar a la legítima autoridad política[47]. En otros casos, las acciones que implican el uso de la fuerza se dirigieron a restaurar la efectiva soberanía territorial de las autoridades de

tions according to the Charter. The Security Council has resorted to the establishment of a judicial organ in the form of an international tribunal as an instrument for the exercise of its own principal function of maintenance of peace and security, i.e. as a measure contributing to the restoration and maintenance of peace in the former Yugoslavia". *ILM*, 1996, p. 45.

[45] Con la resolución 665 (1990), de 25-VIII-1990, adoptada por mayoría (13 votos a favor y las 2 abstenciones de Cuba y Yemen), el CdS, "…gravemente alarmado (...) en particular por la conducta del Gobierno del Iraq al utilizar buques de bandera iraquí para exportar petróleo" en violación de la resolución 661 (1990) instó, con una redacción muy ponderada,"a los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait que están desplegando fuerzas marítimas en la región a que utilicen las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias bajo la autoridad del CdS para detener a todo el transporte marítimo que entre y salga a fin de inspeccionar y verificar sus cargamentos y destinos y asegurar la aplicación estricta de las disposiciones relativas al transporte marítimo establecidas en la resolución 661 (1990)". El CdS utilizó fórmulas similares en la resolución 787 (1992), de 16- XI-1992 (adoptada por 13 votos a favor y las 2 abstenciones de China y Zimbabwe), relativa, entre otras cosas, a la detención e inspección de los buques mercantes que hubieran podido violar las medidas de embargo decididas contra Yugoslavia; y en la resolución 875 (1993), de 16-X-1993, adoptada por unanimidad, concerniente al embargo contra Haití.

[46] Con la resolución 794 (1992), de 3-XII-1992, el CdS, habiendo determinado que la magnitud de la tragedia humana causada por el conflicto civil en Somalia se exacerbaba aún más por los obstáculos impuestos a la distribución de la ayuda humanitaria, lo que constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, autorizó por unanimidad al Secretario General de las Naciones Unidas y a los Estados que cooperaban a este fin a emplear "todos los medios necesarios a fin de establecer cuanto antes un ambiente seguro para las operaciones de socorro humanitario en Somalia".

[47] Con la resolución 940 (1994), de 31-VII-1994 (adoptada por 12 votos a favor, las 2 abstenciones de Brasil y China y la ausencia de Ruanda), el CdS, condenando el comportamiento del "régimen ilegal *de facto*" instaurado en Haití, "autoriza a los Estados Miembros para que

un Estado cuyo territorio había sido objeto de una invasión unilateral e ilegítima y de su anexión por parte de otro Estado[48].

También en el caso del recurso a la fuerza, los únicos límites al muy amplio margen de discrecionalidad del CdS vienen dados por la conformidad de sus acciones al ámbito "constitucional" de la competencia de las Naciones Unidas. Debe, en consecuencia, verificarse una situación efectiva de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agre- sión, así como que las acciones militares decididas sean "necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales" (art. 42), permaneciendo excluido cualquier uso de la fuerza que responda a otras finalidades[49].

Durante los años posteriores a la "guerra fría", tampoco las disposiciones de la Carta relativas al Comité de Estado Mayor (arts. 45 a 47) se han podido aplicar, debido a la persistente indisponibilidad de varios

constituyan una fuerza multinacional bajo mando y control unificados y, dentro de ese marco, para que recurran a todos los medios necesarios a fin de facilitar la partida de Haití de los dirigentes militares (...), el pronto regreso del Presidente legítimamente elegido y el restablecimiento de las autoridades legítimas del Gobierno de Haití".

[48] Con la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, adoptada por 12 votos a favor, los 2 votos en contra de Cuba y Yemen y la abstención de China, el CdS autorizó "a los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que el Iraq cumpla plenamente para el 15-I-1991 o antes las resoluciones que anteceden (...), utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes que las siguieron y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región". Las operaciones militares llevadas a cabo por diversos Estados se extendieron hasta el 6-IV-1991, fecha en la que el Iraq aceptó cumplir las resoluciones del CdS y, en concreto, la resolución 687 (1991).

[49] A las acciones militares decididas por el CdS también se les aplican las normas del Derecho Internacional de los conflictos armados, que regulan el desarrollo de las operaciones y esta- blecen derechos que tutelan a los combatientes y a la población civil. Según la sección 1.1 del Boletín del Secretario General de la ONU, de 6-VIII-1999, titulado "Observancia del Dere- cho Internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas": "Los principios y nor- mas fundamentales del Derecho Internacional humanitario establecidos en el presente bole- tín serán aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas cuando participen activamente en éstas como combatientes en situaciones de conflicto armado, en la medida de su participa- ción y mientras dure ésta. Serán también aplicables en acciones coercitivas o

en operaciones

Estados para someter a sus propias fuerzas a un mando extranjero[50]. En la práctica, las Naciones Unidas se han valido de fuerzas que, no estando bajo la dirección de un órgano militar auxiliar del CdS, han permanecido bajo las órdenes de sus propios mandos nacionales, quienes han asegurado la disciplina militar y se han coordinado recíprocamente.

En varias ocasiones, el CdS ha autorizado a los Estados que han suministrado contingentes militares a utilizar la fuerza o, por retomar el eufemismo utilizado con frecuencia, a "utilizar todos los medios necesarios" para restablecer la paz y la seguridad internacionales[51]. La práctica de las autorizaciones para utilizar la fuerza se aleja de las disposiciones de la Carta. Debe, no obstante, considerarse conforme al espíritu, que no a la letra, de la Carta de San Francisco. Nada prohíbe al CdS que delegue en otros lo que él mismo tendría título válido para realizar directamente. La consecución del objetivo del mantenimiento de la paz y la seguridad in- ternacionales, que constituye la responsabilidad principal del CdS, prevale- ce sobre la interpretación contraria, demasiado literal y formalista, de las normas pertinentes de la Carta que subordinan cualquier acción militar a la previa aplicación de las normas de la Carta relativas al Comité de Esta- do Mayor.

de mantenimiento de la paz cuando esté permitido el uso de la fuerza en legítima defensa". *Confr.* NU, doc. ST/SGB/1999/13.

[50] Surgen, en consecuencia, grandes dudas acerca de si las disposiciones de la Carta sobre el Comité de Estado Mayor han dejado de estar en vigor.

[51] La autorización para "utilizar todos los medios necesarios" se contiene en las resoluciones 678 (1990), 794 (1992), 816 (1993) y 940 (1994), citadas previamente y relativas, respectivamente, a las crisis de Kuwait, de Somalia, de Bosnia-Herzegovina y de Haití. Con la resolución 770 (1992), de 13-VIII-1992, el CdS, por mayoría (12 votos a favor y las 3 abstenciones de China, India y Zimbabwe), "inst(ó)" a los Estados a adoptar, a título nacional o en el marco de organizaciones o acuerdos regionales, "todas las medidas necesarias" para facilitar, en coordinación con la ONU, el suministro de asistencia humanitaria a Sarajevo y a todas las de- más partes de Bosnia-Herzegovina en que sea necesario. En el caso de Ruanda, el CdS, pro- fundamente preocupado por la continuación de las matanzas sistemáticas y generalizadas de la población civil y "determinando que la magnitud de la crisis humanitaria en Ruanda cons- tituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales", autorizó mediante la resolu- ción 929 (1994) de 22-VI-1994, adoptada por mayoría (10 votos a favor y las 5 abstencio-

Debe subrayarse que la acción desarrollada por algunos Estados sobre la base de una autorización del CdS permanece en todo caso so- metida al control del órgano autorizante y no podrá sobrepasar los lími- tes y los objetivos indicados en la propia autorización. Además, el propio contenido de una autorización para utilizar la fuerza, que constituye una hipótesis excepcional respecto de la regla general de que la solución de las controversias internacionales deba realizarse por medios pacíficos, tie- ne que interpretarse en sentido restrictivo. La autorización para utilizar la fuerza no puede por lo tanto deducirse implícitamente de una resolución que emplee términos ambiguos, ni de una resolución que se limite a de- terminar la existencia de una amenaza a la paz y la seguridad internacio- nales o a condenar una determinada acción llevada a cabo por un Estado o a establecer sanciones, sin mencionar sin embargo el desarrollo de una acción militar. Para que los Estados resulten autorizados para utilizar la fuerza armada es necesaria la existencia de una decisión del CdS, que lo prevea en términos específicos y explícitos, aunque sea bajo la forma del eufemismo habitual de la "autorización para utilizar todos los medios ne- cesarios".

En una sumaria visión de conjunto[52], cabe destacar que, en los últimos 16 años, el Capítulo VII de la Carta se ha aplicado, con mayor o menor intensidad, en una variedad de supuestos importantes. Ello sin duda diferencia la práctica del CdS al cumplir su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales respecto de los primeros 45 años de vida de la ONU. En este sentido, cabe considerar que, desde 1990, sí se ha producido un renacimiento del CdS en la praxis internacional.

---

nes de Brasil, China, Nigeria, Nueva Zelanda y Pakistán), a los Estados Miembros que cooperaban con el Secretario General de las Naciones Unidas, a ejecutar una operación dirigida a proteger a las personas en peligro y a utilizar "todos los medios necesarios" para alcanzar tales objetivos humanitarios.

[52] *Vid.* entre otros: Abellán Honrubia, V., "La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por el CdS de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política". En: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 3 y ss.; Bermejo García, R., "La acción de las Naciones Unidas ante los recientes conflictos internacionales: crisis y perspectivas". En: *Reflexiones tras un año de crisis,*Valladolid, 1996, pp. 107 y ss.; Cardona Llorens, J., "Nuevo Orden Mundial y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", *CDIVG*, 1993, pp. 215 y ss.;

ibíd., "La

IV | El sometimiento del poder al Derecho

Junto al renacimiento del CdS experimentado desde 1990, no cabe sino reconocer que, también en este período, se han producido diversos acontecimientos en los que algún Miembro permanente del CdS ha utilizado la fuerza armada en las relaciones internacionales al margen de las disposiciones de la Carta de San Francisco. Ello ha generado graves dudas sobre la capacidad del CdS de impedir a los sujetos más fuertes utilizar la fuerza para hacer valer sus propios derechos (cuando existan) o intereses. Dudas que afectan a la viabilidad jurídica del mecanismo de seguridad colectiva previsto en la Carta de San Francisco y que, en definitiva, cuestionan el carácter jurídico del ordenamiento internacional. Entre estos acontecimientos recientes cabe recordar los siguientes:

Aunque la autorización contenida en la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, para utilizar la fuerza contra Iraq se agotó el 6-IV-1991, cuando Iraq aceptó cumplir las resoluciones del CdS y, en concreto, la resolución 687 (1991), de 3-IV-1991, tras esta fecha ha tenido lugar una serie de bombardeos sucesivos sobre Iraq que difícilmente pueden considerarse como usos legítimos de la fuerza conforme al Derecho Internacional. El primer ataque de la post-guerra se produjo el 26-VI-1993, día en el que los Estados Unidos lanzaron veintitrés misiles contra la sede de los servicios secretos del Iraq, en Bagdad, causando también la muerte de civiles

aplicación de medidas que implican el uso de la fuerza armada por el CdS para hacer efec- tivas sus decisiones", *Redi*, 1995, pp. 9 y ss.; Carrillo Salcedo, J. A., "El CdS y el mantenimiento de la paz: aspectos recientes", *CDIVG*, 1992, pp. 15 y ss.; Dupuy, P. M., "Sécurité collective et organisation de la paix", *RGDIP*, 1993, pp. 617 y ss.; DUPUY, R.-J., (ed.), *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité. Peace-keeping and peace-building, Colloque de La Haye, 21-23 juillet 1992*, La Haya, 1993; Fernández De Casadevante Romaní, C., "El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del CdS". En: C. Fernández de Casadevante; F. J. Quel, (eds.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, 1997, pp. 40 y ss.; Freudens- chuss,"Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the UN Security Council", *EJIL*,419929y4,sps.p; .Gutiérrez Espada, C., "El sistema de segu-
ridad colectiva en los albores del siglo XXI (o el cuento de la bella durmiente)". En: *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, 1996; Rubio Pérez, E. M., *El sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas,* Murcia, 1999; SFDI, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, 1995; Stern, B., "L'évolution du rôle des Nations

que se encontraban en las proximidades del objetivo. Los Estados Unidos calificaron esta acción como un supuesto de legítima defensa para “pre- venir” un atentado contra la vida del ex-presidente estadounidense Geor- ge Bush (padre), que jamás se produjo, pero que se debería haber produ- cido aproximadamente dos meses antes del bombardeo con motivo de la visita del presidente americano a Kuwait (es decir, el 14-IV-1993). En la reunión del CdS de 27-VI-1993 en la que se debatió esta cuestión, la re- presentante de los Estados Unidos, Sra. Albright, se expresó de la siguien- te forma:

> Durante la guerra del Golfo Pérsico e inmediatamente después, el Gobierno de Saddam Hussein, a través de sus medios de información controlados, indicó que el Iraq perseguiría y castigaría al Presidente Bush incluso después de que éste concluyera su mandato. Desde entonces, varias fuentes de inteligencia clasificadas apoyan la conclusión a que ha llegado nuestra investigación, de que el Gobierno del Iraq ordenó este ataque terrorista contra el Presidente Bush.
>
> Según todas las pruebas de que disponen nuestros servicios de inteligencia, estamos plenamente convencidos de que el Gobierno del Iraq ordenó este ataque terrorista contra el Presidente Bush.
>
> Según todas las pruebas de que disponen nuestros servicios de inteligencia, estamos plenamente convencidos de que el Gobierno del Iraq, a sus niveles más elevados, ordenó a sus servicios de inteligencia que realizaran un intento de asesinato contra el Presidente Bush.
>
> Como indicó anoche el Presidente Clinton, éste fue un ataque directo contra los Estados Unidos, un ataque que requería una respuesta directa de los Estados Unidos.

Unies dans le maintien de la paix et de la securité internationales”. En: *International Law as a language for International Relations*, The Hague-Boston-London, 1996, pp. 58 y ss.; Villar Y Ortiz De Urbina, F., “El sistema de mantenimiento de la Paz de la ONU cincuenta años después de su creación”, *CED*,. 251y99ss5., pp

> En consecuencia, el Presidente Clinton ordenó ayer a las fuerzas armadas de los Estados Unidos que realizaran una operación militar contra el cuartel general de los servicios de inteligencia iraquíes en Bagdad. Respondimos directamente, como teníamos derecho a hacer con arreglo al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone el ejercicio de legítima defensa en casos como éste. Nuestra respuesta ha sido proporcional y dirigida contra un objetivo vinculado directamente a la operación contra el Presidente Bush. Estaba diseñada para causar daños a la infraestructura terrorista del régimen iraquí, reducir su capacidad de fomentar el terrorismo y disuadir futuros actos de agresión contra los Estados Unidos[53].

Obviamente, el artículo 51 de la Carta no justifica este tipo de ac- ción como legítima defensa, pues requiere la existencia de un ataque arma- do previo. Tampoco parece de sentido común alegar la legítima defensa pa- ra prevenir la tentativa de una agresión en el pasado que no llegó a cometerse. En todo caso, que el CdS asumiese y tolerase este uso de fuer- za bajo una cobertura inexistente de legítima defensa vuelca de inmediato las críticas hacia el propio CdS, que se configura como un mecanismo de se- guridad colectiva a favor de los Estados fuertes y en contra de los débiles[54].

El segundo capítulo (continuado en el tiempo) del serial de la post-guerra del Iraq comenzó a escribirse en diciembre de 1998 (y en otras ocasiones sucesivas), con los bombardeos aéreos del Iraq por el Reino Unido y los Estados Unidos de América[55]. Estos bombardeos deben considerarse como acciones militares realizadas en violación de la Carta, pues no existió ninguna autorización específica para ello por parte del CdS. Los bombardeos se debieron a la oposición del Iraq a las operaciones de inspección y verificación de la destrucción de armamentos encargadas a la UNSCOM y al Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA), de conformidad con la ya citada resolución 687 (1991), de 3-IV-1991, del CdS. Estas operaciones fueron suspendidas en diciembre de

[53] NU, doc. S/PV.3245, p. 6, párs. 2-5.

[54] *Vid*. entre otros: Condorelli, "A propos de l'attaque américaine contre l'Irak du 26 juin 1993: Lettre d'un professeur désemparé aux lecteur du JEDI", *EJIL*, 1994, pp. 134 y ss.; Gray, "After the Ceasefire: Iraq, the Security Council and the Use of Force", *BYIL*, 1994, pp. 135 y ss.; Reis- man,"The Raid on Baghdad: Some Reflections on its Lawfulness and Implications", *EJIL*, 1994, pp. 134 y ss.

[55] *Vid*. entre otros: Lobel; Ratner, "Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to

1998, cuando se retiró a los inspectores ante la inminencia del ataque militar. Previamente Iraq había manifestado una escasa predisposición para afrontar las obligaciones de cooperación en materia de desarme, como lo demuestran las resoluciones del CdS 1115 (1997), de 21-VI-1997, con la que se condenó unánimemente la reiterada negativa del Iraq a permitir el acceso para su inspección de los lugares designados por la UNSCOM; y la 1137 (1997), de 12-XI-1997, con la que se decidió unánimemente que los Estados debían impedir sin demora la entrada y el tránsito de sus territorios de todos los funcionarios iraquíes y miembros de las Fuerzas Armadas del Iraq responsables de los incumplimientos en cuestión[56]. Posteriormente se alcanzó un Memorando de entendimiento, firmado el 23-II-1998 por el Viceprimer Ministro del Iraq y el Secretario General de la ONU y apro-

Use Force, Cease-fires and Iraqi Inspection Regime", *AJIL*, 1999, pp. 124 y ss.; Thouvenin, "Le jour le plus triste pour les Nations Unies - Les frappes anglo-américaines de décembre contre l'Iraq", *AFDI*, 1998, pp. 209 y ss.;Villani, "La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Iraq", *RDI*, 1999, pp. 451 y ss.

56 Pese a la obstrucción iraquí al desarrollo de estas operaciones de inspección y verificación del desarme, las mismas fueron muy provechosas, aunque no definitivas. Según informó el Sr. Hans Blix, Director Ejecutivo de la UNMOVIC: "la aplicación de la resolución 687 (1991) lo- gró resultados considerables en materia de desarme. Se ha reconocido que con arreglo a es- ta resolución se destruyeron más armas de destrucción en masa que durante la Guerra del Golfo: grandes cantidades de armas químicas fueron destruidas antes de 1994, bajo la super- visión de la UNSCOM. Aunque el Iraq sostiene, con escasas pruebas, que en 1991 destruyó unilateralmente todas las armas biológicas, no cabe duda de que, en 1996, la UNSCOM des- truyó importantes instalaciones de producción de armas biológicas. La vasta infraestructura nuclear fue destruida y el OIEA sacó el material fisionable del Iraq". Por su parte, el Sr. Mo- hamed ElBaradei, Director General del OIEA, informó en los siguientes términos:"es impor- tante recordar lo que se consiguió con las inspecciones que llevamos a cabo de 1991 a 1998, en cumplimiento del mandato que nos encomendó el CdS de eliminar el programa de ar- mas nucleares del Iraq. En septiembre de 1991, el OIEA incautó en el Iraq documentos que demostraban el alcance de su programa de armas nucleares. A finales de 1992, habíamos destruido, trasladado o inutilizado en gran medida todas las instalaciones y equipamientos iraquíes pertinentes a la fabricación de armas nucleares. Confiscamos el material iraquí sus- ceptible de ser utilizado para armas nucleares –uranio altamente enriquecido y plutonio– y a principios de 1994 lo habíamos sacado del país. Para diciembre de 1998, cuando se sus- pendieron las inspecciones debido a la inminencia de un

ataque militar, teníamos plena con-

bado por el CdS con la resolución 1154 (1998), de 2-III-1998, adoptada por unanimidad. En el Memorando[57], la ONU confirmó la obligación de to- dos los Estados Miembros de respetar la soberanía y la integridad territo- rial del Iraq, mientras que éste último aceptó, por su parte, permitir a la UNSCOM y al OIEA el acceso inmediato, sin condiciones ni restricciones, para verificar, con procedimientos especiales de inspección, 8 sitios (deno- minados "sitios presidenciales"). Como consecuencia de ulteriores faltas de cooperación por parte del Iraq, el CdS adoptó la resolución 1205 (1998), de 5-XI-1998, en la que, además de condenar unánimemente el compor- tamiento del Iraq, afirmó que tal comportamiento había retrasado el mo- mento en el que el CdS debía haber reexaminado la duración de las me- didas impuestas al Iraq mediante la resolución 687 (1991).

Resulta evidente que las más que repetidas e innegables violaciones por parte del Iraq no eran de tal naturaleza como para consentir una acción unilateral tan grave como son los bombardeos aéreos, que no habían sido específicamente autorizados por el CdS y que causaron la pér- dida de vidas humanas entre la población civil. La justificación de estos bombardeos proporcionada por el Reino Unido y por los Estados Unidos durante las discusiones llevadas a cabo en el CdS el 16-XII-1998, son del todo inconsistentes[58]. Según esta justificación, criticada por otros Estados,

---

fianza de que no habíamos pasado por alto ningún componente importante del programa nuclear del Iraq". Estos extractos de los informes de los inspectores ante el CdS se encuentran en NU, doc. S/PV.4692, p. 3, pár. 4 y p. 9, pár. 9, respectivamente.

[57] NU, doc. S/1998/166.

[58] En nombre del Reino Unido, Sir Jeremy Greenstock afirmó que:"Hay una clara base jurídica para la acción militar en las resoluciones aprobadas por el CdS. En la resolución 1154 (1998) se afirma claramente que toda violación por parte del Iraq de su obligación de permitir un acceso irrestricto a la UNSCOM y al OIEA tendría las más graves consecuencias. Eso fue tres resoluciones y nueve meses atrás. En la resolución 1205 (1998) se establece que la decisión del Iraq de 31-X-1998 de suspender su cooperación con la UNSCOM constituyó una fla- grante violación de la resolución 687 (1991), en la que se estipulaban las condiciones para la cesación del fuego de 1991. Con esa resolución, por lo tanto, el CdS implícitamente revivió la autorización para utilizar la fuerza que había sido otorgada en la resolución 678 (1990)". *Confr.* NU, doc. S/PV.3955, p. 7, pár. 2. El Sr. Burleigh, en nombre de los Estados Unidos de América, señaló que: "Después de que el Iraq violara en forma reiterada, flagrante

y material las obligaciones contraídas en virtud de las resoluciones 687 (1991), 707 (1991), 715 (1991),

la violación por parte del Iraq de la resolución 687 (1991), de 3-IV-1991, implicaba una especie de reviviscencia de la autorización para utilizar "todos los medios necesarios" prevista en su momento en la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, es decir, la resolución que había autorizado la intervención militar para liberar a Kuwait de la ocupación iraquí. En realidad, desde el 6-IV-1991, tras la aceptación por parte del Iraq de las condiciones impuestas por la resolución 687 (1991), de 3-IV-1991, se produjo un cese el fuego definitivo, que dejaba sin contenido cualquier autorización precedente del uso de la fuerza. En todo caso, que el CdS resultase incapaz de impedir (y de condenar) a los autores de estos bombardeos no autorizados, de nuevo vuelca de inmediato las críticas hacia el propio CdS. La incapacidad del CdS de zanjar por medios pacíficos una controversia sobre el alcance de sus propias resoluciones y de tolerar que los Estados más fuertes se conviertan unilateralmente en los intérpretes (y ejecuto- res) de sus propias resoluciones, contribuyen a configurar al CdS como un mecanismo de seguridad colectiva a favor de los Estados fuertes y en contra de los débiles.

Otros dos acontecimientos recientes, relacionados con la institución de la legítima defensa, contribuyen también a cuestionar la capacidad del CdS para cumplir su objetivo principal de mantener la paz y la seguridad internacionales. El primero se produjo el 20-VIII-1998, cuando submarinos estadounidenses que se encontraban en el Mar Rojo y en el Mar Árabe dispararon sus misiles contra un campo de adiestramiento paramilitar en Afganistán (por considerarlo como "campamentos terroristas de adiestramiento y base en Afganistán") y contra una planta química en Sudán (por considerarla como "una instalación que se usa para producir armas químicas en Sudán", "la cual producía un ingrediente esencial del gas neurotóxico"). Según los Estados Unidos, ambos objetivos estaban vinculados a grupos de terroristas islámicos, en concreto al grupo liderado por Osama Bin Laden. Estos grupos eran sospechosos de haber organizado los gravísimos atentados que, el 7-VIII-1998, golpearon a las emba-

1154 (1998), 1194 (1998), 1205 (1998) y otras resoluciones del CdS, además de no haber cumplido con sus propios compromisos, la coalición ejerció hoy la autoridad que el CdS, mediante su resolución 678 (1990), otorga a los Estados Miembros para que empleen todos los medios necesarios para asegurarse de que el Iraq acate las resoluciones del CdS y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región". *Ibíd*.p, ápr.. 140. ,

jadas estadounidenses en Nairobi (Kenia) y en Dar es Salaam (Tanzania), causando la muerte de casi trescientas personas. El embajador de Estados Unidos ante la ONU, Sr. Bill Richardson, justificó la acción estadounidense de la siguiente forma:

> De acuerdo con el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, deseo, en nombre de mi Gobierno, informar que Estados Unidos ha ejercido su derecho a la defensa propia al responder a una serie de ataques armados contra embajadas estadounidenses y ciudadanos estadounidenses. (...)
>
> Al hacerlo así, Estados Unidos ha actuado de conformidad con el derecho a la defensa propia confirmada por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Los blancos atacados y el momento y método del ataque fueron cuidadosamente escogidos para minimizar los riesgos de daño secundario a civiles y para cumplir con el Derecho Internacional, inclusive las reglas de necesidad y proporcionalidad[59].

Contra este uso de la fuerza en legítima defensa protestó Pakis- tán, señalando que los misiles disparados por los Estados Unidos contra Afganistán habían sobrevolado el territorio pakistaní, sin que los Estados Unidos le hubiesen solicitado su autorización previa. Más grave fue la pro- testa de Sudán, quien calificó como "acto de agresión" el ataque con misi- les de los Estados Unidos, precisando que la planta química bombardeada era utilizada, en realidad, para la producción de medicamentos[60]. Obvia- mente, el uso de la fuerza en legítima defensa no justifica ni la violación del espacio aéreo soberano de un tercer Estado ni, mucho menos, el bombar- deo de una planta de medicamentos incluida en el Programa de las Na-

---

[59] NU, doc. S/1998/780: Carta, de 20-VIII-1998, dirigida al Presidente del CdS por el Represen- tante Permanente de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas. Véase igual- mente la Declaración, de 20-VIII-1998, del Presidente de los Estados Unidos, Sr. Clinton, efec- tuada en la Escuela Primaria Edgartown Martha's Vineyard, Massachusetts y el Mensaje radial, de 22-VIII-1998, del Presidente de los Estados Unidos, Sr. Clinton, a la Nación. Estos tres tex- tos están disponibles en la dirección de Internet «http://www.usia.gov».Véase además la De- claración emitida por el Presidente de los Estados Unidos, Sr. Clinton, reproducida en *ILM*, 1999, p. 162.

[60] El ataque, en consecuencia, lejos de "minimizar los riesgos de daño secundario a civiles", los había maximizado hasta dimensiones inimaginables, dada la gran dependencia de esta exten-

ciones Unidas de ayuda a África. Las palabras del Ministro de Asuntos Exteriores del Sudán, Sr. Gobrial Roric son, a la vez que elocuentes, una buena muestra de lo mínimo que se puede exigir conforme a Derecho:

> Tengo el honor de comunicarle que el jueves 20-VIII-1998, a las 19'30 horas, mi país fue víctima de una agresión aérea de los Estados Unidos realizada con misiles contra la fábrica de medicamentos de uso humano y veterinario Al- Shifa', situada en la zona industrial de la ciudad de Jartum...
>
> El sitio que fue objeto de la agresión es una fábrica de medicamentos de uso humano y veterinario, de propiedad totalmente privada, financiada por inversores del Sudán y el banco comercial del Mercado Común de África Meridional y Oriental. Su producción atiende más del 50% de las necesidades del Sudán en materia de medicamentos de uso humano, en particular de medicamentos absolutamente esenciales, y exporta una parte de su producción a algunos países vecinos...
>
> Las afirmaciones que figuran en los comunicados de los Estados Unidos, según las cuales la fábrica sería de propiedad de Osama Ben Laden y que fabricaría armas químicas y gases nocivos utilizados con fines terroristas son acu-

---

sa región del continente africano de los medicamentos humanos y veterinarios producidos por esta fábrica. En la Carta citada del Sr. Bill Richardson, se lee que: "Mi Gobierno ha obte- nido de una diversidad de fuentes fiables información convincente en el sentido de que la organización de Osama Bin Laden es responsable de los devastadores atentados dinamite- ros del 7-VIII contra las embajadas estadounidenses en Nairobi, Kenia, y en Dar es Salaam, Tanzania. Estos atentados resultaron en las muertes de 12 ciudadanos norteamericanos y más de 250 personas más, al igual que numerosos heridos graves y considerable daño a la propiedad. La organización de Bin Laden mantiene una extensa red de campamentos, arse- nales, instalaciones de adiestramiento y abastecimiento en Afganistán, e instalaciones de apo- yo en Sudán, que han sido y siguen siendo usadas para montar ataques terroristas contra ob- jetivos norteamericanos. Estas instalaciones incluyen una en la que se han producido armas químicas". Sobre la importancia de las pruebas al decidir sobre quién se utiliza la fuerza ar- mada en legítima defensa, véase el reciente Fallo de la CIJ de 6-XI-2003 en el *asunto relativo a las plataformas petrolíferas*. En este asunto, al no poder probar los Estados Unidos que los ataques previos contra sus buques con misiles (pár. 61) o con minas (pár. 78) fuesen obra de Irán, llevó a la CIJ a concluir que: "the actions carried out by the

United States forces against

saciones completamente falsas y el Gobierno de los Estados Unidos de América no posee ningún elemento probatorio en tal sentido. Asimismo, el Gobierno de los Estados Unidos, que no mantiene relaciones diplomáticas con el Sudán, nunca formuló la menor duda respecto de esa fábrica por vía diplomática, pese a sus acusaciones reiteradas e infundadas respecto del Sudán. Es- tán a su disposición todas las informaciones relativas a los propietarios de la fábrica y sobre el carácter de su producción, y el Gobierno del Sudán está plenamente dispuesto a presentar al CdS y a quien reciba un mandato de éste la información necesaria y está dispuesto también a recibir la visita de una misión del CdS sobre el terreno y que examine los documentos pertinentes, a fin de estudiar los hechos en todos sus aspectos…

El comportamiento del Gobierno norteamericano, que consiste en acusar y condenar y luego sancionar a los países soberanos en su propio territorio, sin consultar a la comunidad internacional, es un comportamiento peligroso que constituye una violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas. Esta manera de proceder se inspira en la ley de la jungla, según la cual la fuerza es la ley y cada Estado aplica el Derecho a su manera, lo cual no puede más que amenazar la paz y la seguridad internacionales...

Habida cuenta de lo expresado, el Sudán pide al CdS que asuma sus responsabilidades, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y condene esta agresión cobarde y bárbara, y haga recaer en el Gobierno norteamericano toda la responsabilidad de las consecuencias de esta agresión, ya sea de las pérdidas materiales o humanas, y que adopte las medidas deseadas para evi- tar que se reiteren esos ataques. El Gobierno del Sudán pide que se convo- que con urgencia una reunión del CdS para examinar este asunto, enviar al lugar una misión de investigación técnica encargada de determinar los hechos relacionados con las acusaciones de los Estados Unidos y para tomar todas las medidas necesarias para evitar que dichos ataques no se repitan y garan- tizar la seguridad de mi país[61].

Iranian oil installations on 19 October 1987 and 18 April 1988 cannot be justified, (...) as being measures necessary to protect the essential security interests of the United States, since those actions constitute recourse to armed force not qualifying, under international law on the question, as acts of self-defence". *I.C.J. Reports, 2003,* pár. 78.

[61] Carta de fecha 21-VIII-1998 dirigida al Presidente del CdS por el Ministro de Relaciones Ex-

El ejercicio por los Estados Unidos del derecho de veto para im- pedir que el CdS llegase siquiera a discutir la pacífica petición del Sudán, con la consiguiente incapacidad del CdS para respaldar la petición de Su- dán de que se crease una comisión de investigación para determinar la na- turaleza y las actividades de la planta química bombardeada[62], contribuye también a configurar al CdS como un mecanismo de seguridad colectiva a favor de los Estados fuertes y en contra de los Estados débiles.

El segundo acontecimiento fue la reacción del CdS a los graves atentados terroristas del 11-IX-2001 en Nueva York, Washington, D.C., y Pennsylvania. Al día siguiente de los atentados, cuando todavía no se disponían de pruebas sobre su autoría[63], el CdS adoptó la resolución 1368 (2001), de 12-IX-2001, en la que tras calificar a los actos de terrorismo como amenazas a la paz y la seguridad internacionales, reconoció el "de-

teriores del Sudán, anexa a NU, doc. S/1998/786: Carta de fecha 21-VIII-1998 dirigida al Pre- sidente del CdS por el Representante Permanente del Sudán ante las Naciones Unidas. En este petición insistió el Sudán al día siguiente, al afirmar que: "Habida cuenta de los hechos mencionados, reitero que las afirmaciones norteamericanas carecen de fundamento y, en nombre del Gobierno del Sudán, pido de nuevo al CdS por este medio que envíe al Sudán un equipo de verificación de los hechos a fin de que compruebe la índole de las actividades de la fábrica y analice los escombros, a fin de que determine si en su contenido hay algo que respalde las afirmaciones de los Estados Unidos. El equipo de verificación podría también co- municarse con los países y las empresas en los cuales la fábrica había adquirido sus equipos y su maquinaria, a fin de que conozca las características científicas y las capacidades de pro- ducción de esos equipos y esa maquinaria". *Confr.* Carta de fecha 22-VIII-1998, dirigida al Pre- sidente del CdS por el Ministro de Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores del Sud- án, anexa a NU, doc. S/1998/792: Carta de fecha 22-VIII-1998, dirigida al Presidente del CdS por el Representante Permanente del Sudán ante las Naciones Unidas.

[62] Apenas una semana antes de que se llevase a cabo el ataque estadounidense, con la resolución 1189 (1998), de 13-VIII-1998, el CdS había "encomiado la reacción de los Gobiernos de los Estados Unidos de América, Kenya y Tanzania ante los ataques terroristas perpetrados con bombas en Kenya y Tanzania", instando además "...a todos los Estados e instituciones internacionales a que ofrezcan su cooperación, apoyo y asistencia a las investigaciones actualmente en curso en los Estados Unidos, Kenya y Tanzania para capturar a los autores de esos

actos cobardes y criminales y entregarlos rápidamente a la justicia”.

63 Sobre la importancia de las pruebas al decidir sobre si la fuerza armada se utiliza en legítima

recho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Ambas aseveraciones fueron confirmadas en la resolución 1373 (2001), de 28-IX-2001, en la que el CdS adoptó una serie de medidas obligatorias para todos los Estados Miembros con el fin de reforzar la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo. Los debates en el seno del CdS demuestran que quizás fue ésta la ocasión en la que la totalidad de los miembros del CdS se mostraron más dispuestos a apoyar cualquier propuesta de acción y sanción que planteasen los Estados Unidos como reacción a los atentados del 11-IX-2001[64]. Sin embargo, los Estados Unidos, con el apoyo del Rei- no Unido, optaron por utilizar la fuerza armada en legítima defensa colec- tiva contra Afganistán, en lugar de acudir al mecanismo de seguridad co- lectiva previsto en la Carta de San Francisco:

> Los Estados Unidos, invocando su derecho de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, declararon que se realizaría una campaña contra el terrorismo internacional cuyos objetivos serían aquéllos que dieran abrigo y apoyo a los terroristas, tanto como los propios terroristas. El 15 de septiembre designaron a Osama Bin Laden como el principal sospechoso en relación con las atrocidades del 11 de septiembre. Aunque los talibanes ofrecieron sus condolencias por los ataques terroristas, negaron la participación de Osama Bin Laden y mantuvieron su negativa a cumplir las re- soluciones del CdS, pese a los repetidos intentos, inclusive por parte del Pa- kistán, que también aceptó que había pruebas concluyentes que vinculaban a Bin Laden con los ataques, de persuadirles de que lo entregaran…
>
> El 7 de octubre, la coalición dirigida por los Estados Unidos lanzó ataques aéreos contra objetivos de los talibanes en el Afganistán. Los ataques, dirigidos contra la capacidad aérea de los talibanes, hicieron blanco primero en la base de mando del aeropuerto de Kandahar, así como en campamentos de los que se sospechaba que servían de entrenamiento para terroristas y en otros lugares. Desde entonces han continuado los ataques aéreos y algunas operaciones terrestres llevadas a cabo por fuerzas especiales. Como los talibanes

defensa, véase el reciente Fallo de la CIJ, de 6-XI-2003, en el *asunto relativo a las plataformas petrolíferas*.

[64] NU, doc. S/PV.4370, de 12-IX-2001.

seguían negándose a entregar a Bin Laden, se declaró que los objetivos de guerra de la coalición incluía la expulsión del poder de los talibanes[65].

La invasión y ocupación de Afganistán por los ejércitos de los Estados Unidos y del Reino Unido difícilmente pueden calificarse como un ejemplo de utilización de la fuerza armada que fuera inmediata, propor- cional y necesaria para repeler, por *mor* de la legítima defensa, el ataque armado, cualquiera que fuese éste, realizado por Afganistán. El hecho de que a partir de la resolución 1386 (2001), de 20-XII-2001, el CdS comen- zase a adoptar medidas sobre la situación en Afganistán[66], no esconde que, en la gestión de esta crisis, el CdS realizó una dejación gravísima de sus responsabilidades primordiales, invirtiendo el orden lógico y la se-

---

65 NU, doc. A/56/681 - S/2001/1157 (6-XII-2001): *Informe del Secretario General. La situación en el Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales*, pp. 6-7, párs. 36, 39 y 41.

66 Tras la caída de los talibanes en el otoño de 2001, el CdS dio su apoyo vigoroso e incondicional, expresado en diversas resoluciones, a los esfuerzos de la ONU, y especialmente al Re- presentante Especial del Secretario General, Sr. Lakhdar Brahimi, para la formación de un nuevo gobierno representativo en el Afganistán. El hecho más destacado de estas gestiones fue el Acuerdo de Bonn, de 5-XII-2001, en el que entre otras cosas se estipularon disposiciones para el establecimiento de una Autoridad Provisional de Gobierno en el Afganistán el 22-XII-2001. A fin de prestar asistencia en la adopción de medidas de seguridad en Kabul y zonas circundantes, con la resolución 1386 (2001), de 20-XII-2001, tras determinar que "la situación en el Afganistán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales", el CdS autorizó "el establecimiento (...) de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (FIAS)". El CdS también refrendó la reestructuración de las operaciones de la ONU en el Afganistán y la constitución de la Misión de las Naciones Unidas de Asistencia para el Afganistán. Cabe destacar que, en una sesión de emergencia de la *Loya Jirga*, celebrada en junio de 2002, se eligió al Sr. Hamid Karzai como Presidente del Afganistán y se estableció una Administración Provisional de Gobierno del Afganistán hasta tanto se reestablezcan las instituciones gubernamentales permanentes. Además, con la resolución 1390 (2002), de 16-I-2002, el CdS reorientó las medidas financieras de sanción impuestas al Afganistán, levantándolas, al tiempo que expresó su determinación de responder a la amenaza planteada por *Al-qaida* y los talibanes contra la paz y la seguridad internacionales y, en consecuencia, decidió que todos los Estados debían adoptar una serie de medidas en relación con Osama Bin Laden, los miembros de *Al-qaida* y los talibanes y otras personas con ellos asociados: incluida la congelación sin demora de sus recursos económicos; que se les impida

cuencia temporal del mecanismo de seguridad colectiva previsto en la Carta de San Francisco. El artículo 51 de la Carta permite el ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa "hasta tanto que el CdS haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales". No prescribe, sin embargo, que el CdS deba esperar para adoptar estas medidas a que los Estados previamente ejerzan la fuerza en legítima defensa. Actuaciones similares contribuyen a engrosar las críticas al CdS, por dejación de sus responsabilidades principales a favor de los Estados más fuertes y en contra de los Estados más débiles[67].

Casos como los indicados, en los que algunos Estados han utilizado la fuerza armada en contradicción evidente o latente con las disposi- ciones de la Carta, se produjeron también con anterioridad a 1990.Todos ellos, sin embargo, fueron explicados por los Estados implicados con argu- mentaciones que, aun cuando muy dudosas o poco creíbles desde la perspectiva de los hechos concretos, los reconducían siempre a hipótesis o a justificaciones excepcionales previstas por el propio sistema vigente del Derecho Internacional y compatible con el mismo (presunta legítima defensa o concepción amplia o elástica de la legítima defensa; presunta re- viviscencia de las resoluciones del CdS o interpretación amplia o elástica de las resoluciones del CdS). Con grandes dosis de benevolencia, estas su- tiles justificaciones del uso de la fuerza se podían considerar no tanto co- mo una infracción de la norma, sino como una confirmación práctica de la existencia consuetudinaria de la norma que prohíbe el recurso al uso o a la amenaza del uso de la fuerza armada[68].

---

la entrada en su territorio o el tránsito por él; y que se les impida el suministro, la venta y la transferencia de armas y material conexo a estas personas.

[67] *Vid*. el coloquio "El orden internacional tras los atentados del 11-IX-2001" en *REDI*, 53, 2001, pp. 125 y ss., así como Carrillo Salcedo, J. A.,"¿Están vigentes los principios de la Carta de las Naciones Unidas?", *CED*, 7, 2003, pp. 35 y ss.; Gutiérrez Espada, C.,"¿No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada?", *ADI*, 17, 2001, pp. 25 y ss.; etc.

[68] En un conocido pasaje de su Fallo de 27-VI-1986 en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, la CIJ sostuvo que: "It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs.The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigo-

Sin embargo, la práctica reciente demuestra también la existencia de, al menos, otros dos casos en los que no resulta posible aplicar estas dosis de benevolencia extrema.

Los bombardeos de Yugoslavia, Kosovo incluido

En el primero de estos casos se utilizó la fuerza armada contra un Estado Miembro de la ONU,Yugoslavia, por parte de una coalición for- mada por, al menos, 10 Estados Miembros de la OTAN (Alemania, Bélgi- ca, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Rei- no Unido), sin que existiese ninguna autorización previa del CdS. Se trata de la intervención armada llevada a cabo con motivo del conflicto inter- no entre las fuerzas militares de Yugoslavia y los movimientos independen- tistas albaneses de Kosovo, un territorio perteneciente a Yugoslavia pero habitado mayoritariamente por población albanesa[69]. Este conflicto inter- no se caracterizó por el uso indiscriminado de la fuerza por parte del ejército y de las milicias de seguridad yugoslavos; por las numerosas vícti- mas ocasionadas entre la población civil; por el largo flujo de refugiados kosovares (más de 250.000 personas) hacia los Estados vecinos (Albania, Bosnia y Herzegovina y ex República Yugoslava de Macedonia) e incluso a otros países europeos; además del recurso a actos de terrorismo efectua- dos por las partes implicadas en el conflicto, incluidos los movimientos in-

rous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new ru- le. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then we- ather or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that at- titude is to confirm rather than to weaken the rule" (*I.C.J. Reports, 1986*, p. 98, pár. 186).

[69] El mensaje de Haile Selassie fue de nuevo recordado en el discurso del representante de Yu- goslavia ante la ONU, Sr. Jovanovic, pronunciado el 24-III-1999, en el CdS con ocasión del ini- cio de la intervención militar de 10 Estados Miembros de la OTAN contra Yugoslavia: "Hace 65 años el Emperador Haile Selassie, cuyo país se hallaba sometido a la agresión de la Italia fascista –como lo está hoy la República Federativa de Yugoslavia a manos de la OTAN y de los Estados Unidos de América–, pasó a la historia con su exclamación profética de

que la

dependentistas albaneses. Los bombardeos aéreos masivos de Yugoslavia a cargo de los 10 Estados Miembros de la OTAN comenzaron el 24-III-1999, tras el rechazo de Yugoslavia a suscribir el proyecto de acuerdo resultante de las negociaciones de Rambouillet para una solución política de la crisis[70], prolongándose durante once semanas.

En el caso de la crisis de Kosovo, resulta indiscutible que ninguna de las tres resoluciones del CdS sobre la situación en esta región yugoslava, adoptadas con anterioridad a la intervención militar de los 10 Estados Miembros de la OTAN, había dispuesto o autorizado el uso de la fuerza armada contra Yugoslavia[71]. De hecho, en ningún momento, ni antes ni

---

Sociedad de las Naciones y la paz internacional quedarían heridas de muerte si no se dete- nía la agresión. Las Naciones Unidas están ahora en una encrucijada, como lo estuvo enton- ces la Sociedad de las Naciones. Espero que esta vez las Naciones Unidas elijan el camino correcto". *Confr.* dNoUc,. S/PV.3988, p. 15, pár. 9.

70 Resulta realmente muy difícil imaginar que algún Estado soberano voluntariamente suscribiese las muy duras condiciones que se le imponían a Yugoslavia en el proyecto de acuerdo de Rambouillet de 23-II-1999, denominado "acuerdo provisional para la paz y el auto-gobierno en Kosovo" que, de haber sido aceptado, hubiese evitado la intervención militar en Yugoslavia de los 10 Estados Miembros de la OTAN. Este proyecto de acuerdo, que debería haber sido suscrito por Yugoslavia y por las dos entidades de Serbia y Kosovo, reenviaba a una reu- nión posterior, a celebrarse tres años después de su entrada en vigor, la solución definitiva de la cuestión de Kosovo. El proyecto de acuerdo invitaba al CdS a adoptar una resolución en el marco del Capítulo VII de la Carta en la que asumiese y adoptase sus contenidos, in- cluyendo el inmediato "establishment of a multinational military implementation force in Ko- sovo. The Parties invite NATO to constitute and lead a military force to help ensure com- pliance with the provisions of this Chapter" (capítulo 7, art. I.1.a). Aunque el proyecto de acuerdo afirmaba su respeto por la soberanía y la integridad territorial de Yugoslavia, duran- te el período provisional de tres años reconocía una serie de derechos a las fuerzas militares de la OTAN, a ejercer por todo el territorio yugoslavo (y no sólo en Kosovo): "NATO per- sonnel shall enjoy, together with their vehicles, vessels, aircraft, and equipment, free and un- restricted passage and unimpeded access throughout the Federal Republic of Yugoslavia, in- cluding associated airspace and territorial waters. This shall include, but not limited to, the right of bivouac, maneuver, billet, and utilization of any areas or facilities as required for sup- port, training, and operations" (capítulo 7, apéndice B, pár. 8).

71 Con la resolución 1160 (1998), de 31-III-1998, ya citada, el CdS acordó que los principios para la solución política y pacífica de la cuestión de Kosovo eran el respeto de la "integridad te-

después del inicio de la intervención militar en Yugoslavia, ninguno de los 10 Estados miembros de la OTAN, pese a que entre ellos figurasen tres de los cinco miembros permanentes del CdS, ni ningún otro Estado Miembro de la ONU, presentó siquiera un proyecto de resolución que contemplase la autorización del CdS para utilizar la fuerza (o las medidas necesarias) con el fin de acabar con la amenaza a la paz y a la seguridad internacionales que representaba la crisis de Kosovo. Es más, cinco de los 10 Estados Miembros de la OTAN que bombardearon Yugoslavia, que en ese momento eran miembros del CdS (Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda y Reino Unido), entre los que se encontraban tres de sus miembros permanentes, el 26-III-1999 votaron en contra del proyecto de resolución presentado por Belarús, la Federación Rusa y la India en el que se exigía el cese inmediato de las hostilidades y el retorno urgente a la me-

rritorial" de Yugoslavia; de "los derechos de los albaneses de Kosovo y de todos los que viven en Kosovo"; un "grado sustancialmente mayor de autonomía y de administración propia satisfactoria". Con la resolución 1199 (1998), de 23-IX-1998, adoptada por 14 votos a favor y la abstención de China, el CdS pidió que "cesen las hostilidades" y la apertura de "un diálogo significativo" entre las autoridades yugoslavas y los dirigentes albaneses de Kosovo; además del cese de las acciones de represión por parte de Yugoslavia "que afecte(n) a la población civil" y que "los dirigentes albaneses de Kosovo condenen todos los actos terroristas". Con la resolución 1203 (1998), de 24-X-1998, adoptada por 13 votos a favor y las 2 abstenciones de China y Rusia, el CdS, tras condenar "todo acto de violencia (realizado) por cualquiera de las partes" y afirmar "que la situación no resuelta en Kosovo constituye una amenaza constante para la paz y la seguridad en la región", pidió a las autoridades yugoslavas y a los dirigentes albaneses de Kosovo que cooperasen con "las actividades internacionales encaminadas a mejorar la grave situación humanitaria y prevenir la inminente catástrofe humanitaria". El CdS también hizo suyos y apoyó los acuerdos firmados el 15-X-1998 entre Yugoslavia y la OTAN y el 16-X-1998 entre Yugoslavia y la OSCE, "relativos a la verificación del cumplimiento (...) de los requisitos establecidos en su resolución 1199 (1998)" por parte de Yugoslavia y todas las demás partes implicadas en la crisis de Kosovo. También en esta reso- lución el CdS "subrayó la necesidad urgente" de que Yugoslavia y los dirigentes albaneses de Kosovo iniciasen "inmediatamente un diálogo serio sin condiciones previas y con participa- ción internacional, y de acuerdo con un calendario preciso que conduzca al fin de la crisis y a una solución política negociada de la cuestión de Kosovo" (se trata de las negociaciones ce- lebradas posteriormente en Rambouillet, ya mencionadas).

sa de negociaciones[72]. Tampoco la resolución 1244 (1999), de 10-VI-1999, adoptada tras el fin de la intervención militar de los 10 Estados Miembros de la OTAN, puede interpretarse en el sentido de que el CdS avalara *a posteriori* o realizara apología alguna de los bombardeos de Yugoslavia.

En la crisis de Kosovo se utilizaron dos argumentaciones diferentes para intentar justificar el uso de la fuerza armada contra Yugoslavia. La primera aludió a que, aunque este uso de la fuerza armada no estuvo autorizada por la ONU, sí lo estuvo por la OTAN. La declaración de prensa realizada por el español Sr. Javier Solana, Secretario General de la OTAN, el 23-III-1999, comenzó de la siguiente manera:

> Buenas tardes, señoras y señores, acabo de ordenar al SACEUR (...) iniciar las operaciones aéreas en la República Federal de Yugoslavia. He tomado esta de- cisión tras amplias consultas en los últimos días con todos los Aliados, y de que resultara infructuoso el esfuerzo diplomático final del Embajador Holbro- oke en Belgrado. Todos los esfuerzos por conseguir una solución pacífica ne- gociada a la crisis de Kosovo han fracasado, y no hay más alternativa que una abierta acción militar...[73].

Una decisión de este talante, tomada por el Secretario General de la OTAN, supone una violación flagrante tanto de la Carta de las Naciones Unidas, como del Tratado del Atlántico Norte (Washington, 4-V-1949), constitutivo de la propia OTAN. Es cierto que, conforme a su artículo 52, "ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional". Pero esta posibilidad está sometida a un doble requisito, ya que la Carta exige "siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas" (art. 52.1). Es decir, es conforme a la Carta de las Naciones Unidas un acuerdo u organización regional que establezca la legítima defensa colectiva en favor de uno de sus miembros que sufra un ataque armado, pero no es conforme a la Carta el acuerdo u organización regional que contemple la posibilidad de recurrir al uso o a la amenaza del

[72] NU, S/PV.3989, pp. 6-7.

[73] Disponible en la dirección de Internet: «http://www.usia.gov».

uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de algún Estado tercero (como lo era Yugoslavia) o de alguna otra forma incompatible con los propósitos y principios de la Carta. En segundo lugar, aunque el CdS puede utilizar estos acuerdos u organizaciones regionales "para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad", la Carta añade que,"sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del CdS" (art. 53.1). Los bombardeos aéreos de Yugoslavia por 10 Estados Miembros de la OTAN sin la autorización previa del CdS constituye, sin lugar a dudas, una violación evidente de la obligación de no utilizar la fuerza armada contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado, expresamente prohibida por la Carta de San Francisco.

La orden del Sr. Javier Solana, Secretario General de la OTAN, seguida por la intervención militar en Yugoslavia de 10 Estados Miembros de la OTAN, constituye igualmente una violación flagrante del Tratado del Atlántico Norte. Este Tratado prevé únicamente el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte si previamente se produce "un ataque armado contra una (Parte) o contra varias de ellas" (art. 5.1), dejando imprejuzgada la responsabilidad principal del CdS y las obligaciones resultantes de la Carta[74]. No habiendo previamente atacado Yugoslavia a ningún Estado Miembro de la OTAN y, en ausencia de autorización del uso de la fuerza por el CdS, resulta obvio que los bombardeos aéreos del territorio de Yugoslavia por 10 Estados Miembros de la OTAN también constituyen una violación fla- grante del Tratado del Atlántico Norte.

La circunstancia de que la OTAN estuviese asumiendo una nueva dimensión que modificase su naturaleza original de alianza defensiva encuentra su confirmación en el documento titulado "Concepto estratégico de la Alianza", aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno que participaron en la reunión del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Washington, D.C., el 24-IV-1999[75], es decir, mientras tenían lugar los bom-

[74] Artículo 7: "El presente Tratado no afecta ni se podrá interpretar que afecte de modo alguno, a los derechos y obligaciones derivados de la Carta para las Partes que son miembros de las Naciones Unidas, ni a la responsabilidad primordial del CdS en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales".

[75] Publicado en *Revista de la OTAN*, 1999/2, pp. D7-D13.

bardeos aéreos masivos de Yugoslavia. Este documento, que expresaba las recientes tendencias de la OTAN en los ámbitos político y militar y, en cuanto tal, carece de valor jurídico propio, deja unos márgenes de ambigüedad excesivamente amplios sobre los presupuestos jurídicos que lo inspiran y no logra esclarecer con claridad porqué y en qué medida, según la opinión de los Estados Miembros de la OTAN, las normas del Derecho Internacional relativas al uso de la fuerza, incluidas las contenidas en el propio Tratado constitutivo de la OTAN, debían entonces considerarse como superadas o desfasadas.

En el "Concepto estratégico de la Alianza", la noción de "ataque armado" se configura en sentido amplio, como comprehensiva no sólo de las agresiones militares con uso de la fuerza, sino también de otros fenómenos lesivos de los intereses de los Estados Miembros de la OTAN, en los que se incluye, entre otros, a "los grandes movimientos incontrolados de población" que huyan de un conflicto armado[76].

El "Concepto estratégico de la Alianza" evoca en diversas circunstancias un inexistente artículo 5 del Tratado constitutivo de la OTAN que permitiría igualmente una acción de fuerza en legítima defensa, fuera de los casos expresamente previstos en su artículo 5:

La existencia de capacidades militares eficaces en todas las circunstancias previsibles es asimismo fundamental para que la Alianza pueda contribuir a la prevención de conflictos y gestión de crisis mediante operaciones de respuesta ante crisis no contempladas en el Artículo 5. Estas misiones pueden resultar sumamente exigentes y requerir las mismas cualidades políticas y militares –cohesión, adiestramiento multinacional e intensa planificación previa– esenciales en una situación contemplada en el Artículo 5. Así pues, aunque podrían plantear requisitos específicos, se abordarán en el marco de un conjunto común de estructuras y procedimientos de la Alianza (pár. 29).

[76] "Todo ataque armado contra el territorio de los aliados, procedente de cualquier dirección, estaría cubierto por los Artículos 5 y 6 del Tratado de Washington. No obstante, la seguridad de la Alianza debe contemplar también el contexto global. Los intereses de seguridad de la Alianza pueden verse afectados por otros riesgos de naturaleza más amplia, incluidos los actos de terrorismo, sabotaje y delincuencia organizada, y por la interrupción del flujo de recursos vitales. Los grandes movimientos incontrolados de población, particularmente como consecuencia de los conflictos armados, pueden plantear problemas de seguridad y estabili-

Pese a la absoluta y total incertidumbre jurídica que genera la eventual presencia de artículos inexistentes, que permiten hacer lo no permitido por los artículos sí existentes, queda siquiera el alivio de que estas operaciones de uso *ultra vires* de la fuerza armada no tendrán una vinculatoriedad automática para los Estados Miembros de la OTAN, quie- nes retienen su soberanía para decidir o no participar en las mismas.

Teniendo en cuenta la necesidad de solidaridad y cohesión en el seno de la Alianza, la participación en una operación o misión *de estas características* continuará sujeta a las decisiones de los Estados miembros conforme a sus constituciones nacionales (pár. 31 *in fine*).

Si la decisión final de participar o no en operaciones o misiones "de estas características" corresponde, en definitiva, a los Estados Miem- bros de la OTAN, y no a la propia OTAN, la argumentación de que este uso de la fuerza estaba legitimado por una decisión u orden de la OTAN no es más que una falacia jurídica, carente de cualquier validez. Es más, cualquier intento de configurar al "Concepto estratégico de la Alianza" como un acuerdo celebrado entre unos pocos Estados que legitimase el recurso al uso de la fuerza armada prescindiendo de la autorización del CdS resulta superfluo e inútil, porque las obligaciones derivadas de la Car- ta prevalecen sobre las obligaciones de contenido diverso contenidas en cualquier otro tratado o convenio internacional (art. 103), comprendidos los acuerdos regionales de alianzas político-militares.

El segundo argumento utilizado para justificar el uso de la fuerza armada contra Yugoslavia consistió en la apelación a la denominada "intervención humanitaria" o "intervención con fines humanitarios"[77]. La princi-

---

dad que afecten también a la Alianza. Existen disposiciones en el seno de la Alianza que permiten a los Estados miembros establecer consultas conforme al Artículo 4 del Tratado de Washington y, en caso necesario, coordinar sus esfuerzos, incluida su respuesta a riesgos de este tipo" (pár. 24). Si "los grandes movimientos incontrolados de población" que huyen de un conflicto armado se equiparan a un "ataque armado", el "Concepto estratégico de la Alianza" no llega a expresar específicamente la culminación del silogismo por el que este supuesto autorizaría el uso de la fuerza armada en legítima defensa colectiva; pero tampoco dice expresamente lo contrario.

[77] Con estas expresiones no se hace referencia al inexistente "derecho de intervención armada", en cuya virtud un Estado podría utilizar la fuerza armada contra otro, al margen de los

casos permitidos por la Carta, para hacer valer un derecho (real o presunto) propio. Las in-

pal explicación formulada por los Estados que en 1999 bombardearon todo el territorio de Yugoslavia se basó en la necesidad de prevenir una catástrofe humanitaria causada por la dura represión llevada a cabo por los fuerzas y milicias yugoslavas en perjuicio de los habitantes albaneses de Kosovo. El 24-III-1999, el Sr. Burleigh, representante de los Estados Unidos ante el CdS, proporcionó la siguiente explicación:

> Nosotros y nuestros aliados hemos iniciado hoy una acción militar con mu- chísima renuencia, pero creemos que esa acción es necesaria para responder a la brutal persecución que lleva a cabo Belgrado contra los albaneses de Ko- sovo, a sus violaciones del Derecho Internacional, a su uso excesivo e indiscri- minado de la fuerza, a su negativa a negociar para resolver la cuestión por medios pacíficos, y al reciente aumento de su presencia militar en Kosovo, to- do lo cual presagia una catástrofe humanitaria de inmensas proporciones.
>
> Hemos iniciado la acción de hoy para evitar esa catástrofe humanitaria y para impedir la intensificación de la agresión y la represión en Kosovo. Unos 40.000 efectivos de las fuerzas serbias están ahora en acción en Kosovo y en sus alrededores. Sólo desde el 19 de marzo, 30.000 albaneses de Kosovo han huido, abandonando sus hogares. Como resultado de la acción emprendida por los serbios en las cinco últimas semanas, hay más de 60.000 nuevos refu- giados y personas desplazadas. El número total de personas desplazadas va acercándose a un cuarto de millón.
>
> Esta constante ofensiva por parte de la República Federativa de Yugoslavia está produciendo refugiados y ejerciendo presión sobre los países vecinos, lo cual pone en peligro la estabilidad de la región...

tervenciones armadas unilaterales minarían directamente los fundamentos del sistema del Derecho Internacional, prestándose a fáciles abusos por parte de los Estados más fuertes y en perjuicio de los Estados más débiles. La inexistencia de este "derecho de intervención armada" unilateral fue tajantemente puesta de relieve en el Fallo de 9-IV-1949 en el asunto entre Albania y el Reino Unido en el Canal de Corfú, cuando la CIJ, al referirse a este pretendido derecho de intervención, manifestó lo siguiente: "The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given

Durante meses, las acciones de los serbios han llevado a estallidos de violencia cada vez más intensos. Es imperioso que la comunidad internacional tome medidas rápidamente con el fin de evitar sufrimientos humanos y una des- trucción generalizada que podrían ser mayores que los que generó la ofensi- va de 1998...

En este contexto, creemos que la acción de la OTAN está justificada y que era necesaria para detener la violencia y evitar un desastre humanitario aún mayor. Como dijo hoy el Presidente Clinton:"Nosotros y nuestros aliados tenemos una oportunidad de dejar a nuestros hijos una Europa libre, pacífica y estable. Pero para ello debemos actuar ahora"[78].

En general, la doctrina de la intervención armada con fines humanitarios resulta especialmente inquietante y odiosa, por los graves abusos que puede determinar y por los pretextos que puede proporcionar a los Estados más fuertes. No es aceptable el intercambio de bombas por derechos humanos. La protección de los derechos humanos debe realizarse a través de medios distintos a la intervención armada contra otros Esta- dos, especialmente mediante el recurso a los tribunales de justicia. En ca- so contrario, se multiplican *ad infinitum* las violaciones de tales derechos, al añadir violencia y destrucción a situaciones ya graves de por sí. Debe añadirse la consideración general de que permitir la intervención con la fuerza armada en todos los países donde se cometan violaciones graves de los derechos humanos equivaldría a perpetuar una situación de guerra permanente entre los Estados.

rise to the most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself ". *I.C.J. Reports, 1949*, p. 35.

78 NU, doc. S/PV.3988, p. 4, párs. 6-8 y 12, y p. 5 pár. 3. En la misma sesión del CdS, el Sr. Gre- enstock, representante del Reino Unido, mencionó, como medida excepcional, un derecho de intervención armada por motivos humanitarios: "La medida que se está adoptando es le- gal. Está justificada como una medida excepcional para impedir una abrumadora catástrofe humanitaria. En las circunstancias actuales en Kosovo, hay pruebas convincentes de que dicha catástrofe es inminente. Los nuevos actos de represión de las autoridades de la

República Fe-

Con anterioridad a la intervención armada en Yugoslavia, el Derecho Internacional general ya preveía una hipótesis excepcional en la que una intervención armada estaría justificada por causas humanitarias, es decir, para tutelar a personas cuya vida esté en peligro. Se trata de la hipótesis del peligro extremo, definida en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, adoptado por la CDI en 1996, de la siguiente manera:

•La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformi- dad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el autor del comportamiento que constituya el hecho de ese Estado no te- nía otro medio, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado.

•El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor (art. 32).

Resulta evidente, sin embargo, que la circunstancia eximente de responsabilidad del peligro extremo actúa sólo dentro de unos límites bien determinados, entre los que destacan las condiciones de que el comportamiento en cuestión deba constituir el "único medio" para salvar vidas humanas en peligro y que tal comportamiento no "origine un peligro comparable o mayor" al que trata de evitar[79].

---

derativa de Yugoslavia causarían más pérdidas de vidas civiles y darían lugar al desplazamiento de la población civil en gran escala y en condiciones hostiles. Se han utilizado todos los medios, excepto la fuerza, para evitar esta situación. En estas circunstancias, y como medida excepcional basada en una abrumadora necesidad humanitaria, la intervención militar se justifica legalmente. La fuerza que ahora se propone no tiene otro objeto que evitar una catástrofe humanitaria y es lo mínimo que se considera necesario para cumplir esta misión" (*ibíd.*, p. 12, pár. 10 y p. 13, párs.1-2).

[79] Estos requisitos también están presentes en la nueva redacción del "peligro extremo" contenida en el artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción de la CDI en segunda lectura el 21-VIII- 2000, es decir, con posterioridad a los bombardeos aéreos de Yugoslavia.

En el caso del bombardeo de Yugoslavia por 10 Estados Miembros de la OTAN las explicaciones del uso de la fuerza basadas en moti- vos humanitarios no resultan aceptables ni sobre la base de los datos de hecho concretos y de las modalidades con las cuales se llevó a cabo la in- tervención, ni resulta invocable la circunstancia eximente del peligro ex- tremo[80]. Conclusiones a las que se llega tras evaluar los medios emplea- dos en la intervención, es decir, el uso de la fuerza concretado en bombardeos aéreos, así como sus trágicas consecuencias.

Podría, incluso, llegar a aceptarse que los 10 Estados que bombardearon Yugoslavia se hubieran previamente auto-investido de la condición de garantes de la tutela humanitaria de la población albanesa de Kosovo, amenazada por la dura represión de las autoridades gubernativas yugoslavas. Aun así, sus comportamientos debieron constituir el "único medio" para salvar vidas humanas en peligro y tales comportamientos no debieron provocar "un peligro comparable o mayor" al que trataban de evitar. Por el contrario, los bombardeos que golpearon a toda Yugoslavia produjeron el resultado de agravar la catástrofe humanitaria, extendiéndola a la población civil de todo el país, incluido el territorio de Kosovo. Estos civiles se convirtieron en víctimas "colaterales" de unos bombardeos aéreos no suficientemente selectivos[81], siendo constreñidos a vivir en territorios donde las estructuras y los servicios esenciales quedaron destruidos o gravemente dañados[82]. Era además fácilmente previsible que la

[80] Ello no significa desconocer (ni perdonar) las graves violaciones de normas fundamentales sobre los derechos humanos que Yugoslavia estaba llevando a cabo en el territorio de Kosovo, como tampoco por otros Estados o facciones implicadas en el trágico conflicto que durante años se desarrolló en este territorio de la ex-Yugoslavia. Todos los comportamientos inhumanos (ejecuciones sumarias, masacres, limpiezas étnicas, torturas, estupros, expulsiones en masa, ...) siguen siendo tales y determinan la responsabilidad de todos los sujetos que los hayan cometido, sean Estados, facciones (o grupos) e individuos. Tampoco se desconoce el valor y los méritos de numerosas intervenciones de "asistencia" humanitaria que varios Estados, incluidos algunos de los que posteriormente bombardearon Yugoslavia, realizaron a favor de la población de Kosovo víctima de las hostilidades.

[81] En algunos casos, los propios civiles albaneses de Kosovo, a los que presuntamente se quería proteger con esta intervención armada de carácter humanitario, también resultaron golpea- dos por las bombas lanzadas por los aviones de los Estados Miembros de la OTAN.

[82] Especialmente graves son, si se logran probar, las acusaciones de Yugoslavia acerca de que los

decisión de bombardear la totalidad del territorio de Yugoslavia agravaría posteriormente las condiciones de vida de la población albanesa de Kosovo, determinando un recrudecimiento de la represión y de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas militares y paramilitares yugoslavas y un aumento sustancial del número de refugiados[83].

El mismo concepto de "intervención militar humanitaria" suscita muy grandes dudas, sobre todo cuando la misma se traduce en la variante de "bombardeos aéreos humanitarios". Esta expresión, que encierra una contradicción *in eo terminis*, es una innovación con unas perspectivas de futuro altamente discutibles. Que esté permitido bombardear a un Estado porque en una de sus regiones se desarrolle una guerra civil que cause un flujo masivo de refugiados, no está escrito en ninguna parte, salvo, y ni siquiera con claridad, en el documento de la OTAN titulado "Con- cepto estratégico de la Alianza".

---

bombardeos se efectuaron de modo que se perjudicasen las condiciones para la supervivencia de la nación mediante armas que provocaron sufrimientos desproporcionados respecto del logro de objetivos militares, tales como el uso de bombas de racimo o de bombas conte- niendo uranio empobrecido: "By destroying oil refineries and chemical plants, the Respon- dents caused large pollution of soil, air and water endangering the basic conditions of survival of the nation. (...) By using cluster bombs and weapons containing depleted uranium, the Res- pondents are in breach of the obligation not to use prohibited weapons, i.e., weapons calcu- lated to cause unnecessary suffering, established as a principle of law of armed conflicts".Tam- bién resultará especialmente grave, si se logra demostrar, la acusación de haber utilizado modalidades de bombardeos concebidas para poner en peligro la vida de la población civil sin poner en peligro la vida de los pilotos de los aviones de guerra: "The modalities selected dis- qualify the mission as a humanitarian one. BomBing the populated areas of Yugoslavia and using high performance ordnance and anti-personnel weapons involve policies completely in- imical to humanitarian intervention. Moreover, bomBing from a height of 15.000 feet inevitably endangers civilians, and this operational mode is intended exclusively to prevent risks to com- bat personnel". *Confr.* Intervenciones del delegado de Yugoslavia, Sr. Etinski, y del co-agente de Yugoslavia, Sr. Brownlie, en la audiencia de 10-V-1999 en el procedimiento ante la CIJ en el asunto sobre la legalidad del uso de la fuerza entre Yugoslavia, como demandante, y Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Reino Unido como demandados. Documentos disponibles en la dirección de Internet: «http://www.icj-cij.org».

[83] También era previsible que, una vez terminada la acción militar con la expulsión de las fuerzas yugoslavas de la región de Kosovo, se deba afrontar durante muchos años el riesgo de

medidas de venganza en las relaciones entre la minoría serbia y otras minorías.

Como se ha señalado con gran precisión, la suma de un ilícito grave (=la violación de los derechos humanos en Kosovo) y de otro ilíci- to grave (=el bombardeo de Yugoslavia, incluido Kosovo) da como resul- tado la comisión de dos actos ilícitos graves, sin que el primero pueda le- gitimar al segundo, ni el segundo subsanar al primero. Así se expresó el Sr. Sharma, representante de la India, en la reunión del CdS de 26-III-1999:

> Los ataques en contra de la República Federativa de Yugoslavia que comenzaron hace unas horas constituyen una flagrante violación del artículo 53 de la Carta. Ningún país, grupo de países o arreglo regional, por poderoso que sea, puede arrogarse el derecho de emprender acciones militares arbitrarias y unilaterales en contra de otros. Eso sería volver a la anarquía, en la que el poderoso tiene razón. Entre la plétora de justificativos que hemos escuchado hoy se nos ha dicho que el propósito de los ataques es evitar las violaciones de los derechos humanos. Aun si fuera así, eso no justificaría una agresión mi- litar no provocada. Dos errores no constituyen un acierto[84].

No debe, tampoco, olvidarse que ya en su Fallo de 27-VI-1986 en el asunto de *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ excluyó que la intervención militar estadounidense pudiese justificarse sobre la argumentación de que los derechos humanos no eran respetados por Nicaragua[85].

---

[84] NU, doc. S/PV.3988, p. 16, pár. 9. También suscita muchas reflexiones, si se logran probar los hechos que se alegan, la siguiente consideración realizada por el agente de Yugoslavia, Sr. Etinski: "The Respondents chose bomBing as a method of improving the state of human rights in the Federal Republic of Yugoslavia. By killing people, by murdering children, by destroying the economy, by polluting the soil, air and water, the Respondents intend to protect the rights of one minority. By destroying a whole nation, they want to protect a part of that nation, i.e., one of its numerous ethnic communities".

[85] "While the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for hu- man rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect. With regard to steps actually taken, the protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruc- tion of oil installations, or again with the training, arming and equipping of the contras. The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nica- ragua cannot afford a legal justification for the conduct of the

United States, and cannot in

Con anterioridad a la crisis de Kosovo ya se habían producido gravísimas violaciones de los derechos humanos en diversos países, sin que ningún Estado tercero interviniera con medios militares para reme- diarlo. Ni siquiera los 10 Estados Miembros de la OTAN que bombarde- aron Yugoslavia declararon jamás estar dispuestos a asumir en el futuro el compromiso general e incondicionado de investirse a sí mismos con el papel de defensores universales de los derechos humanos y de bombar- dear indistinta y sistemáticamente a todos los Estados acusados de viola- ciones graves de tales derechos. No parece, por lo tanto, que los Estados involucrados en los bombardeos de Yugoslavia hayan, con tales comporta- mientos, intentado promover la formación de una nueva norma general, conforme a la cual todos los Estados tendrían el derecho de bombardear a otro Estado cuando se considerase que este último fuese responsable de violaciones graves de las normas del Derecho Internacional humanita- rio aplicables en su propio territorio. La intervención en Yugoslavia puede, por lo tanto, considerarse como una tentativa de eliminar el sistema de seguridad fundado en la Carta de las Naciones Unidas (pese a todos los inconvenientes que el mismo presenta), sin proponer ningún sistema al- ternativo fundado sobre una regla general y predeterminada, que repre- sente una opción mejor a la de la decisión eventual de bombardear a un Estado.

En la ya citada reunión del 24-III-1999 del CdS, el representante de Rusia, Sr. Lavrov, se expresó de la siguiente forma:

> Los miembros de la OTAN no tienen el derecho de decidir el destino de otros Estados soberanos e independientes. No deben olvidar que no sólo son miembros de su alianza, sino también Miembros de las Naciones Unidas, y que tienen la obligación de guiarse por la Carta de las Naciones Unidas, en particular su artículo 103, en el que se establece claramente que las obligacio- nes contraídas en virtud de la Carta tienen prioridad absoluta respecto de cualquier otra obligación internacional que hayan contraído los Miembros de la Organización.
>
> Los intentos de justificar los ataques de la OTAN utilizando el pretexto de evitar una catástrofe humanitaria en Kosovo son completamente insosteni-

any event be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which is based on the right of collective self-defence". *I.C.J. Reports, 1986*, pár. 268.

bles. Cabe señalar no sólo que estos intentos carecen de base alguna en la Carta o en otras normas del Derecho Internacional internacionalmente re- conocidas, sino también que el uso unilateral de la fuerza precisamente ha de llevar a una situación que tendrá consecuencias humanitarias verdaderamen- te devastadoras. Además, de acuerdo con la definición de la agresión que la Asamblea General aprobó en 1974: «Ninguna consideración, cualquiera que sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión» (Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea Ge- neral, anexo, art. 5, pár. 1).

Ciertamente, no tratamos de defender las violaciones del Derecho Internacional humanitario, independientemente de quiénes las cometan. No obstante, sólo es posible combatir las violaciones de la ley con las manos limpias y sobre la base sólida del Derecho. De lo contrario, la ilegitimidad generará ilegitimidad, Sería impensable que un tribunal nacional de un país democrático y civilizado justificara la utilización de métodos ilegales para combatir la delincuencia. Los intentos de aplicar un enfoque diferente del Derecho Internacio- nal y de hacer caso omiso de sus normas y principios básicos sientan un pe- ligroso precedente que podría causar una grave desestabilización y un agudo caos a nivel regional y mundial[86].

El hecho de que el CdS, tras el cese de los bombardeos, retomase en junio de 1999 sus responsabilidades en la gestión de la crisis de Kosovo, adoptando una importante resolución con este propósito, puede endulzar, pero ciertamente no eliminar el grave y quizás mortal atentado representado por los bombardeos de Yugoslavia a la aplicación de la Carta de la ONU y a la credibilidad de esta organización.

Con la resolución 1244 (1999), de 10-VI-1999, adoptada por 14 votos a favor y la abstención de China, el CdS, "resuelto a solucionar la

[86] NU, doc. S/PV.3988, p. 2, párs. 10-11 y p. 3, párs. 1-2. El representante de la India, Sr. Sharma, añadió la siguiente consideración: "Lo que resulta especialmente perturbador es que países que pretenden ser adalides del imperio de la ley –entre los cuales se cuentan miembros per- manentes del CdS, cuyo principal interés debería ser ciertamente mejorar, antes que socavar, la supremacía del CdS en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales– están haciendo caso omiso del Derecho Internacional y de la autoridad del CdS" (*ibíd.*, p. 17, pár. 3).

grave situación humanitaria de Kosovo y a lograr el regreso libre y en condiciones de seguridad de todos los refugiados y las personas desplazadas a sus hogares" y determinando que la situación en la región "sigue consti- tuyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales", decidió una serie de medidas importantes[87]. Esta resolución autorizó "a los Esta- dos Miembros y a las organizaciones internacionales competentes" a esta- blecer en Kosovo una "presencia internacional de seguridad" encargada de diversas "actividades" de seguridad militar; y autorizó "al Secretario Ge- neral" de la ONU, "con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes", a establecer en Kosovo "una presencia internacional civil" para asegurar la administración provisional del territorio. En concreto, "la presencia internacional de seguridad" se estableció "con (una) participa- ción sustancial de la OTAN"[88] y "se despleg(ó) bajo mando y control unificado", estando "autorizada para establecer un entorno seguro para toda la población de Kosovo y facilitar a todos los refugiados y personas des- plazadas el regreso seguro a sus hogares".

La resolución 1244 (1999), de 10-VI-1999, significa el regreso del CdS a la gestión de la crisis de Kosovo. Esta resolución tiene el mérito indudable de afrontar la emergencia humanitaria existente en Kosovo tras el fin de los bombardeos y la retirada de las fuerzas yugoslavas. Sigue, sin embargo, sin estar claro si esta resolución puede considerarse idónea o apropiada para resolver definitivamente la crisis de Kosovo. Las dudas surgen porque esta resolución persigue al mismo tiempo una cosa y su contraria: por un lado, reafirma "la adhesión de todos los Estados Miembros al principio de la soberanía y la integridad territorial" de Yugoslavia; de otro lado, promueve "el establecimiento (...) de una autonomía y un autogobierno

[87] Estas medidas se basaron en los principios generales resultantes de una reunión celebrada el 6-V-1999 por los Estados pertenecientes al grupo "G-8" (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Federación Rusa, Francia, Italia, Japón y Reino Unido), contenidos en el anexo 1 de esta resolución. El presupuesto de esta resolución fue el acuerdo militar técnico concluido el 2-VI-1999 entre Yugoslavia y las autoridades militares de la OTAN, contenido en el anexo 2 de esta resolución. Conforme a este acuerdo, Yugoslavia aceptó retirar sus fuerzas militares, policiales y paramilitares de Kosovo; y la OTAN, una vez verificada la primera fase de esta retirada, "suspendió" los bombardeos aéreos de Yugoslavia.

[88] Esta fórmula permitió que en esta "presencia internacional de seguridad" formase parte un Estado no miembro de la OTAN, como es la Federación Rusa.

sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta (...) los acuerdos de Rambouillet", es decir, el instrumento que tenía el objetivo evidente, aunque no expreso, de segregar a Kosovo de Yugoslavia y de establecer una especie de protectorado de la OTAN sobre el territorio yugoslavo[89].

La invasión y ocupación militar del Iraq

El segundo caso en el que tampoco es posible ser tan benevolente consiste en el tercer capítulo, y último por el momento[90], del serial de la post-guerra del Iraq. Esta crisis se hizo evidente a partir de la madrugada del 20-III-2003. Sus orígenes se remontan al 16-IX-2002, cuando el Iraq informó que "ha(bía) decidido permitir el retorno de los inspectores de armas de las Naciones Unidas, sin condiciones, y est(aba) dispuesto a examinar los arreglos prácticos necesarios para la inmediata reanu- dación de las inspecciones"[91](sic), que habían cesado cuatro años antes. El

[89] Sobre la crisis de Kosovo, *vide*, entre otros: ADAM, B., (dir.), *La Guerre du Kosovo. Éclairages et commentaires*, Bruselas, 1999; Cannizzaro, "La nuova dottrina strategica della NATO e gli interventi "fuori area"", *RDI*,. 17929 y, pssp.; Cassese, A., "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", *EJIL*, 1999, pp. 23 y ss.; Gutiérrez Espada, C.,"Uso de la fuerza, interven- ción humanitaria y libre determinación (la "Guerra de Kosovo")", *ADI*, 16, 2000, pp. 93 y ss.; Paniagua, R., "La legalidad jurídica-internacional del empleo de la fuerza por la OTAN contra la República federal de Yugoslavia", *RanuE*, 17, 1999, pp. 33 y ss.; Ramón Chornet, C., "La OTAN, vicaria de la ONU: Reflexiones sobre el sistema de seguridad colectiva, a la luz del "nuevo concepto estratégico" acordado en Washington", *ADI*, 1999, pp. 363 y ss.; Remiro Brotons, A., "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", *REDI*1, 5919,9, pp. 11 y ss.; *ibíd*., "¿De la asistencia a la agresión humanitaria?", *PE*,16909,9, pp. 17 y ss.; Simma, B., "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *EJIL*,11y99ss9.;, Zppe.manek, K.,"Intervention in the 21st Century", *CEBDI*,. 651, 23001, pp y ss.; así como el simposio "The International Legal Fallout from Kosovo" (con escritos de Gazzini, T.; Hilpold, P.; Cerone, J.; Fenrick, W. J.;Y Bothe, M.) en *EJIL*, 12, 2001, pp. 391 y ss.

[90] La revuelta de los chiíes y de los suníes durante el mes de abril de 2004, la ofensiva militar lanzada por los Estados Unidos contra Faluya en la madrugada del 28-IV-2004, así como los posteriores y cada vez más frecuentes actos de violencia de la resistencia iraquí, no inducen a pensar en el final del serial militar de la post-guerra del Iraq.

[91] NU, doc. S/2002/1034: Carta de fecha 16-IX-2002 dirigida al Presidente del CdS por el Mi-

nistro de Relaciones Exteriores del Iraq.

8-XI-2002, el CdS adoptó por unanimidad su resolución 1441 (2002). Con términos muy duros, en esta ocasión el CdS reconoció "*la amenaza* que el incumplimiento por el Iraq de las resoluciones del Consejo y la proliferación de armas de destrucción en masa y misiles de gran alcance plantean *para la paz y la seguridad internacionales*", y *deplorando* tanto los *incumplimientos* anteriores del Iraq como las *obstrucciones reiteradas* en el pasado al acceso inmediato, incondicional e irrestricto de los inspectores a los sitios designados por la UNSCOM y el OIEA, adoptó una serie de decisiones importantes. El CdS decidió que el Iraq *había incurrido y seguía incurriendo en violación grave de sus obligaciones* con arreglo a las resoluciones del CdS en la materia; que "conced(ía) al Iraq, en virtud de la presente resolución, *una última oportunidad de cumplir sus obligaciones* en materia de desarme con arreglo a las resoluciones pertinentes del Consejo y decid(ió) en consecuencia establecer un régimen de inspección reforza- do"[92](sic); recordando finalmente "en este contexto, que ha advertido rei- teradamente al Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, *se expon- drá a graves consecuencias*".

En los debates posteriores que se celebraron en el CdS, las deliberaciones se centraron en determinar si la cooperación del Iraq era o no suficiente y en si era preciso o no dedicar más tiempo al proceso de ins- pección para lograr el desarme del Iraq. El 24-II-2003, Estados Unidos, Rei- no Unido y España presentaron un proyecto de resolución, revisado el 7- III-2003, relativo al Iraq en el que pedían que el CdS decidiera que Iraq "no ha(bía) aprovechado la última oportunidad que se le concedió en la resolución 1441 (2002)" y proponían la adopción de medidas coercitivas tras un plazo de tiempo adicional. En el intenso debate que siguió en el CdS, Francia, Alemania y la Federación Rusa distribuyeron un Memorando en el que, por el contrario, proponían que continuaran las inspecciones, acelerándolas e intensificándolas[93]. Apenas diez días después de que los

[92] "Desde el día en que se llevó a cabo la primera inspección en el Iraq, el 27-XI-2002, hasta el día en que se retiró a la totalidad del personal de la ONU, el 18-III-2003, la UNMOVIC realizó 731 inspecciones de 411 emplazamientos, de los que 88 no habían sido inspeccionados anteriormente. Estos emplazamientos bien habían sido declarados por el Iraq durante las inspecciones o en sus declaraciones semestrales, o habían sido seleccionados por la UNMOVIC sobre la base de información externa". *Confr.* NU, doc. A/58/2: Informe del CdS corres- pondiente al período comprendido entre el 1-VIII-2002 y el 31-VII-2003, p. 201. pár. 8.

[93] NU, doc. S/2003/214.

inspectores calificaran la colaboración del Iraq como de "activa o incluso proactiva" y de que las inspecciones comenzasen a dar sus primeros frutos[94], los tres patrocinadores anunciaron, el 17-III-2003, que no someterían a votación su propuesta de resolución. En ello influyó la constatación de que más de dos tercios de los 15 miembros del CdS, incluidos la mayoría de los Miembros permanentes con derecho de veto, votarían en contra de su adopción[95]. Con los peores presagios, ese mismo día el Secretario General, tras consultar al CdS, anunció el retiro de todo el personal de la ONU del Iraq. Aunque el 19-III-2003, los inspectores de la UNMOVIC y del OIEA presentaron sus programas de trabajo al CdS, mediante Cartas fechadas el 20-III-2003, dirigidas al Presidente del CdS,

---

[94] *Vid.* el informe del Sr. Blix, Presidente Ejecutivo de la UNMOVIC, al CdS el 7-III-2003 En la misma reunión del CdS, el Sr. Mohamed ElBaradei, Director General del OIEA, fue más rotundo al afirmar que: "En conclusión, hoy puedo declarar que, en la esfera de las armas nucleares –las armas de destrucción en masa más mortíferas-, las inspecciones en el Iraq están avanzando. (...) En las circunstancias actuales, se puede declarar lo siguiente. Primero, no hay ningún indicio de que se hayan reanudado actividades nucleares en los edificios que, según se determinó a partir de imágenes por satélite, se han reconstruido o erigido desde 1998, ni tampoco hay ningún indicio de que se hayan llevado a cabo actividades prohibidas relacionadas con la esfera nuclear en ninguno de los lugares inspeccionados. Segundo, no hay ningún indicio de que el Iraq haya tratado de importar uranio desde 1990. (...) Después de tres meses de inspecciones intrusivas, no hemos encontrado ninguna prueba o indicio convincente de que se haya reactivado el programa de armas nucleares en el Iraq". *Confr.* NU, doc. S/PV.4714, pp. 4 y 9, respectivamente.

[95] En la Declaración conjunta de los Ministros de Relaciones Exteriores de Alemania, Sr. Fischer, Federación Rusa, Sr. Ivanov, y Francia, Sr. de Villepin (París, 5-III-2003) anunciaron que:"En estas circunstancias, no dejaremos que se apruebe una resolución que autorice el uso de la fuerza. La Federación de Rusia y Francia, en su calidad de miembros permanentes del CdS, asumirán todas sus responsabilidades a este respecto". *Confr.* NU, doc. S/2003/253: Carta de fecha 5-III-2003 dirigida al Presidente del CdS por los Representantes Permanentes de Alemania, la Federación de Rusia y Francia ante las Naciones Unidas, p. 2. En la misma idea de oposición y veto volvieron a insistir en la Declaración conjunta de 15-III-2003, contenida en NU, doc. S/2003/320: Carta de fecha 15-III-2003 dirigida al Presidente del CdS por el Repre- sentante Permanente de Alemania ante las Naciones Unidas, p. 2. Sobre el anunciado veto de China, véanse las declaraciones del Ministro de Relaciones Exteriores de China en NU, doc. S/PV.4714, pp. 22-23.

los representantes permanentes de Australia, Estados Unidos y Reino Unido informaron que, en la madrugada de ese mismo día, "las fuerzas de la coalición habían comenzado las operaciones militares en el Iraq"[96].

Lamentablemente, fue España quien, apenas unas horas antes del inicio de las hostilidades militares, proporcionó lo que sería la explicación del uso ilegal de la fuerza que se avecinaba. El 19-III-2003, el Sr. Arias, representante de España como miembro del CdS, se dirigió al CdS en los siguientes términos:

> España entiende, y así lo ha manifestado desde que es miembro del Consejo, que una nueva resolución, aunque fuera deseable políticamente, no era necesaria jurídicamente.

En efecto, el recurso legítimo al uso de la fuerza para desarmar al Iraq de sus armas de destrucción masiva está basado en la concatenación lógica de las resoluciones 660 (1990), 678 (1991) y 1441 (2002), adoptadas bajo el Capítulo VII de la Carta.

La resolución 660 (1990) consideraba la invasión de Kuwait por parte del Iraq como un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales. Entonces, el CdS, por primera vez, estableció que el Iraq no sólo representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, sino que además las quebrantaba.

El Iraq incumplió la exigencia que le imponía el Consejo, que, en su segunda resolución, pidió a los Estados Miembros que utilizaran todos los medios necesarios para hacer cumplir al Iraq la resolución 660 (1990). Una coalición internacional, amparándose en este mandato, intervino y restableció la legalidad internacional.

La resolución 687 (1991) declaró un alto al fuego, supeditándolo al cumplimiento de una serie de condiciones. En su mayoría, exigían la eliminación de las armas de destrucción masiva.También se refería a cuestiones humanitarias, al terrorismo y al pago de indemnizaciones de guerra. Salvo esta última condición, todas las restantes condiciones fueron incumplidas.

[96] Estas tres Cartas se contienen, respectivamente, en NU, doc. S/2003/352; NU, doc. S/2003/351; y NU, doc. S/2003/350.

El Iraq ha cobijado a terroristas y recientemente ha alardeado de entrenar grupos de terroristas suicidas. El régimen de Saddam Hussein no ha devuelto a todos los desaparecidos o prisioneros. Sigue sin informar de forma clara, completa y fehaciente sobre el paradero de sus armas y sus programas de armas de destrucción masiva. Recordemos que en el párrafo 9 de la resolución 687 (1991) se exigía al Iraq presentar al Secretario General, en el plazo de 15 días, un informe detallado sobre la localización y características de todas sus armas de destrucción masiva. Doce años más tarde esa información aún no ha sido proporcionada de forma cabal y completa, como le ha pedido este Consejo.

La resolución 687 (1991) *dejó*, pues, *en suspenso* la resolución 678 (1990), que autorizaba el uso de la fuerza. *La dejó en suspenso, pero no la derogó*. Por lo tanto, el contenido de la resolución 678 (1990) *sigue siendo perfectamente válido*, y así se recuerda en la resolución 1441 (2002), aprobada unánimemente por el Consejo hace cuatro meses y medio.[97]

Como ya se ha indicado, en realidad el lenguaje de la resolución 687 (1991), de 3-IV-1991, no avala la idea de que la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, quedase tan sólo en suspenso, como tampoco dice la resolución 1441 (2002), de 8-XI-2002, que el contenido de la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, siga siendo válido doce años después. La autorización contenida en la resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, para utilizar la fuerza contra Iraq se agotó el 6-IV-1991, cuando el Iraq aceptó cumplir las resoluciones del CdS y, en concreto, la resolución 687 (1991), de 3-IV-1991. La resolución 678 (1990), de 29-XI-1990, no es un ave fénix, que se pueda hacer resucitar ocasionalmente, respondiendo al deseo unilateral de algunos Estados. Es cierto que la resolución 1441 (2002), de 8-XI-2002, amenazó al Iraq con "graves consecuencias" en caso de persistir sus incumplimientos, pero no es menos cierto que tanto la constatación de la persistencia de los "incumplimientos", como la concreción de esas "graves consecuencias", correspondía decidirlas al mecanismo de seguridad colectiva personificado en el CdS y no a los Estados que deseasen asumir unilateralmente el papel de justicieros de la calle[98].

[97] NU, doc. S/PV.4721, p. 16. Una síntesis de esta línea argumental se encuentra en las tres car- tas de Australia, Estados Unidos y Reino Unido en las que comunicaron el inicio de las ope- raciones militares al día siguiente del discurso del embajador español.

[98] Esta idea estuvo presente en el lamento del Secretario General de la ONU: "Quizás si hu-

La invocación de esta argumentación en este caso es, con todo, mucho más criticable que anteriormente. Desde el 24-II-2003 hasta el 17-III-2003, Estados Unidos, Reino Unido y España estuvieron negociando diplomáticamente para conseguir las mayorías necesarias para lograr que el CdS adoptase su proyecto de resolución autorizando el uso de la fuerza. Sólo cuando se hizo evidente que el CdS, de manera muy mayoritaria, no iba a dar tal autorización e, incluso, que sería vetada, resulta que la misma ya no "era necesaria jurídicamente". Si la autorización del uso de la fuerza por el CdS no es "necesaria jurídicamente", parece que lo que se insinúa es que tres Estados han constituido unilateralmente un "mini-consejo de seguridad" que puede suplantar al mismo CdS: si el uso de la fuerza resul- ta autorizado por el CdS bien está; pero si el CdS no lo autoriza, enton- ces el "mini-consejo", la "coalición" o la "alianza del bien" todavía podrán utilizar la fuerza contra el Estado que ellos decidan que pertenece al "eje del mal" (*Axis of Evil*). Obviamente, esta actitud está en franca contradic- ción con el carácter de "órgano principal" del CdS e, incluso, con el reco- nocimiento al CdS de la "responsabilidad primordial" en el mantenimien- to de la paz y la seguridad internacionales (art. 24 de la Carta).

La legitimidad del uso de la fuerza por la "coalición" contra el Iraq ha sido y es, sin duda alguna, el caso de uso de la fuerza armada más cuestionado a lo largo de toda la historia de las Naciones Unidas[99]. A ello contribuye no sólo la falta de autorización previa del CdS, sino incluso las dudas sobre la misma necesidad de la acción militar. El hecho de que las operaciones militares contra el Iraq se iniciasen precisamente cuando la labor de los inspectores internacionales comenzaba a dar sus primeros frutos evidencia que este uso de la fuerza armada no se puede conside- rar, siquiera, como un "último recurso" para desarmar al Iraq de sus armas

biéramos perseverado un poco más, Iraq podría haber sido desarmado pacíficamente o -en caso contrario- el mundo habría actuado para resolver este problema mediante una decisión colectiva, otorgándole una mayor legitimidad y, por tanto, ganando un mayor apoyo que el obtenido ahora". *Confr.* Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas: Declaración sobre Iraq (Nueva York, 20-III-2003), p. 1, disponible en «http://www.un.org/spanish/aboutun/sg/mensajes/iraq.htm».

[99] El Sr. Own, representante de Libia, recordó lo siguiente:"Deseamos señalar que 11 miembros (de los 15) del CdS se oponían a la acción militar y que 116 países del Movimiento de los

Países No Alineados y 55 países de la Organización de la Conferencia Islámica se opusieron

de destrucción en masa. Las solemnes preguntas del Ministro de Asuntos Exteriores francés, Sr. Galouzeau de Villepin, formuladas ante el CdS el 7-III-2003, cuando todavía se estaba discutiendo el proyecto de resolución presentado por España, Estados Unidos y Reino Unido, siguen sin haber recibido una respuesta adecuada:

> ¿Qué nos dicen los inspectores? Nos dicen que desde hace un mes el Iraq ha venido cooperando activamente con ellos; que con la destrucción progresiva de los misiles Al Samoud 2 y sus equipos se ha logrado un progreso considerable en la esfera balística; y que con las entrevistas realizadas recientemente a varios científicos se abren nuevas perspectivas. Se han observado pruebas significativas de un verdadero desarme. Ésa, realmente, es la clave de la resolución 1441 (2002).
>
> Por ello, quiero formular solemnemente la siguiente pregunta, que es la misma que se formulan los pueblos del mundo: ¿Por qué deberíamos hoy emprender una guerra con el Iraq?
>
> También quisiera preguntar: ¿Por qué hacer trizas unos instrumentos que aca- ban de demostrar ser eficaces? ¿Por qué optar por la división, cuando nues- tra unidad y nuestra determinación están induciendo al Iraq a deshacerse de las armas de destrucción en masa? ¿Por qué proceder a toda costa por la fuerza, cuando podemos conseguirlo con la paz?[100].

---

al uso de la fuerza porque representaba una amenaza para sus Estados y para la paz y la seguridad internacionales". *Confr.* NU, doc. S/PV.4726, p. 18, pár. 5. También el Secretario Gene- ral de la ONU afirmó que: "(...) mucha gente en todo el mundo cuestiona seriamente si fue legítimo que algunos Estados Miembros llevaran a cabo esta acción fatídica ahora, una acción que tiene consecuencias muy amplias que rebasan con mucho las dimensiones militares in- mediatas, sin que antes este CdS llegara a una decisión colectiva". *Ibíd.*, p. 3, pár. 6.

[100] NU, doc. S/PV.4714, p. 20, párs. 1-3. También el Ministro de Asuntos Exteriores de Alemania, Sr. Fischer, preguntó al CdS el 19-III-2003: "¿Por qué deberíamos abandonar ahora, especial- mente ahora, nuestro plan de desarmar al Iraq por medios pacíficos?". *Confr.* NU, doc. S/PV.4721, p. 4, pár. 13. En un sentido similar, se manifestaron, entre otros, los representantes de Siria (NU, doc. S/PV.4714, p. 12, pár. 6; NU, doc. S/PV.4721, p. 10, pár. 5); de la Liga de los Estados Árabes (LEA) (NU, doc. S/PV.4717, p. 11, pár. 2); o de la Federación Rusa (NU, doc. S/PV.4721, p. 8, pár. 8).

El hecho de que el detonante de esta guerra de agresión y de la posterior ocupación militar del Iraq, es decir, la posesión por el Iraq de ar- mas de destrucción en masa (armas químicas, armas biológicas y armas nucleares) no se haya podido probar, cuestiona también la conveniencia de este uso de la fuerza militar. Como vaticinó el 7-III-2003 el Sr. Aldouri, representante de Iraq ante las Naciones Unidas:

> …quiero agregar que la guerra contra el Iraq sembrará la destrucción, pero no descubrirá armas de destrucción en masa, por una sencilla razón: tales armas no existen, salvo en la imaginación de algunos. Todos aquéllos que sean cómplices en esa guerra, sin tener intereses directos en ello, lo lamentarán realmente[101].

Que a mediados de enero de 2005 los Estados Unidos hayan reconocido oficialmente la inexistencia de tales armas, alimenta muchísimo la sospecha de que la necesidad de eliminar las armas de destrucción en masa del Iraq no fue más que la excusa o pretexto para organizar una far- sa que terminó con la ocupación por la fuerza del territorio iraquí, siendo otros, y nada dignos, los objetivos que se persiguieron con la invasión del Iraq[102].

---

[101] NU, doc. S/PV.4714, p. 38, pár. 6.También el 27-III-2003, el Sr. Lavrov, representante de la Fe- deración Rusa ante el CdS, manifestó que:"La operación militar emprendida por los Estados Unidos y el Reino Unido justo en estos momentos, en violación de las resoluciones del CdS, no puede justificarse de ninguna manera. De hecho, esos países no pudieron proporcionar ninguna prueba de sus acusaciones de que el Iraq poseía armas de destrucción en masa y de que Bagdad apoyaba el terrorismo internacional, como tampoco de que el Iraq constitu- ía una amenaza para los países de la región y para la seguridad internacional. Cabe señalar también que durante la operación militar en curso no se ha encontrado ninguna prueba que corrobore tales acusaciones" *Confr.* NU, doc. S/PV.4726 (Reanudación 1), p. 28, pár. 7.

[102] Ya antes del inicio de la ofensiva militar, el 11-III-2003, el Sr. Aldouri, representante del Iraq ante la ONU, señaló lo siguiente: "Quisiera terminar mi declaración haciendo dos observaciones. La primera es que el Iraq está consciente de que desde que se inició esta cuestión, los Estados Unidos y el Reino Unido han expresado dudas sobre cualquier resultado que se alcance, porque su objetivo no es el desarme, el cual, de hecho, se ha realizado. Ellos lo sa- ben bien, como pronto lo establecerán la UNMOVIC y el OIEA. Más bien, su objetivo

es

Debe también recordarse que el Iraq no es el único Estado del que se sospeche (o se sepa con certeza) que tuviese armas de destrucción en masa[103]. Ninguno de los Estados que participaron en la "coalición" militar contra el Iraq ha anunciado que este ataque armado constituya el inicio de una práctica por la que estén dispuestos a asumir en el futuro el compromiso general e incondicionado de investirse a sí mismos con el papel de garantes de la seguridad internacional y de bombardear indistinta y sistemáticamente a todos los Estados sospechosos de poseer armas de destrucción en masa.Tampoco en este caso puede sostenerse que los Estados miembros de la "coalición" militar hayan, con la invasión del Iraq, intentado promover la formación de una nueva norma general, conforme a la cual todos los Estados tendrían el derecho de bombardear a cual- quier otro Estado cuando se considerase que éste último estuviese des- arrollando programas para fabricar armas de destrucción en masa. Máxi- me, si se tiene en cuenta que varios de los Estados miembros de esta "coalición" militar son los que tienen mayores arsenales de este tipo de armamento. Podría aceptarse que la tenencia de armamento de destruc- ción en masa (armas químicas, armas biológicas, armas nucleares) sí cons- tituye una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, especialmen- te en una región tan conflictiva, sobre todo por otras causas, como es el Oriente Medio. Pero tampoco ninguno de los miembros de la "coalición" militar ha manifestado la más mínima intención de exigir la eliminación del

---

apoderarse de nuestro petróleo, controlar la región y trazar nuevas fronteras a fin de garantizar la continuidad de los intereses vitales de los Estados Unidos para un período largo por venir. Esto constituye una nueva colonización directa de la región". *Confr.* dNoUc,. S/PV.4717,

p. 5, pár. 1. Las inoportunas bromas televisadas del Presidente de los Estados Unidos durante su campaña electoral para ser reelegido relativas al paradero de las armas de destrucción en masa del Iraq, lejos de hacer olvidar los miles de muertos civiles de esta guerra, engordan todavía más las sospechas sobre los verdaderos objetivos de estas operaciones milita- res.

[103] No deja de llamar la atención que, en vísperas de esta conflicto, "el 19-II-2003, el CdS acusó recibo de una carta del Director General del OIEA, Sr. Mohamed ElBaradei, en la que informaba de que la República Democrática de Corea se encontraba nuevamente en situación de incumplimiento respecto de la obligación que le incumbía de conformidad con el Acuerdo de Salvaguardias del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares y que

el OIEA no podía verificar si se estaba desviando o no material nuclear sujeto a salvaguar-

armamento de destrucción en masa de Israel, otro de los Estados pertenecientes a la región del Medio Oriente[104]. En consecuencia, la intervención militar unilateral en el Iraq puede, también, considerarse como una tentativa de eliminar el sistema de seguridad fundado en la Carta de las Naciones Unidas (pese a todos los inconvenientes que el mismo presen- ta), sin proponer ningún sistema alternativo fundado sobre una regla ge- neral y predeterminada, que represente una opción mejor a la de la deci- sión eventual de bombardear, invadir y ocupar el territorio de un Estado. Desde luego, no fue el CdS, sino los miembros de la "coalición", quienes en esta crisis realizaron un uso de la fuerza no autorizado por la Carta. Pero la incapacidad del CdS para controlar a algunos de sus miem- bros no deja de tener consecuencias para el futuro. Como declaró el Pre- sidente de la Federación Rusa, Sr.V. Putin, en relación con la crisis del Iraq:

> Quiero recalcar desde el primer momento que esa acción militar tiene lugar en contra de la opinión pública mundial y en contra de los principios y las normas de Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas…
>
> Querría señalar que la labor conjunta que tuvo lugar en el CdS de las Naciones Unidas, incluso con los Estados Unidos, y la aprobación unánime de la resolución 1441 (2002), que no autoriza el uso de la fuerza pero hizo posible reanudar las actividades de los inspectores internacionales, y la adopción de otras medidas para ejercer influencia sobre las autoridades iraquíes, constituyó el comienzo en la práctica de actividades para desarmar al Iraq por me- dios pacíficos...
>
> La acción militar contra el Iraq constituye un grave error político.Ya me he re- ferido al aspecto humanitario de la cuestión. Pero la amenaza de la desinte- gración del sistema de seguridad internacional establecido es causa de por lo menos igual inquietud.

---

dias". *Confr.* NU, doc. A/58/2: *Informe del CdS correspondiente al período comprendido entre el 1-VIII-2002 y el 31-VII-2003*, p. 6, pár. 8.

[104] El Observador Permanente de la LEA ante la ONU, Sr. Mahmassani, el 11-III-2003 se expre- só en los siguientes términos ante el CdS:"El peligro que amenaza la seguridad de las

nacio- nes árabes es la posesión de armas de destrucción en masa –químicas, biológicas y nuclea- res– por Israel y sus sistemas de vectores; la ocupación constante de los territorios árabes

Si permitimos que el Derecho Internacional quede reemplazado por la "ley del más fuerte" por la cual quien posee más fuerza siempre tiene razón, tiene derecho a hacer cualquier cosa y, al elegir los métodos para lograr sus pro- pósitos, no está limitado por nada, se pondrá en tela de juicio uno de los prin- cipios fundamentales del Derecho Internacional, que es el principio de la soberanía inmutable de los Estados.Y en tal supuesto nadie, ni un sólo país en el mundo, se sentirá seguro.Y el vasto campo de inestabilidad que se ha cre- ado irá creciendo, y tendrá consecuencias negativas en otras regiones del mundo.

Esas son las razones por las cuales la Federación de Rusia insiste en una pron- ta cesación de las acciones militares. Y seguimos teniendo la certeza de que la función central para la solución de las situaciones críticas en el mundo, in- cluida la existente en torno al Iraq, incumbe al CdS de las Naciones Unidas[105].

Ahora bien, la incapacidad del CdS para condenar esta agresión unilateral[106] y para adoptar medidas colectivas exigiendo el cese inmediato del uso ilegal de la fuerza por algunos de sus miembros más podero-

por Israel, su política de destrucción del pueblo palestino, su rechazo a la resolución 487 (1981) del CdS, en la que estipula que someta sus programas e instalaciones nucleares a las salvaguardias del OIEA, y su negativa a aplicar el párrafo 14 de la resolución 687 (1991) del CdS, en el que se contempla la declaración del Oriente Medio como zona libre de armas de destrucción en masa. ¿Por qué, pues, quedarse callados sobre el arsenal de Israel, la violación por Israel de las resoluciones del CdS y su amenaza a la seguridad de los Estados árabes?". *Confr.* NU, doc. S/PV.4717, p. 11, párs. 4-5. En un sentido similar, se manifestaron, entre otros, los responsables de Iraq (NU, doc. S/PV.4701. p. 42, pár. 3), Siria (NU, doc. S/PV.4714,
p. 12, pár. 7 y NU, doc. S/PV.4721, p. 9, pár. 10), Pakistán (NU, doc. S/PV.4714, p. 35, párs. 3- 4), Organización de la Conferencia Islámica (NU, doc. S/PV.4717, p. 34, pár. 7), etc.

105 Declaración relativa al Iraq que formuló el Presidente Putin en una reunión celebrada en el Kremlin, anexa a NU, doc. S/2003/348: Carta de fecha 20-III-2003 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas, pp. 2-3.

106 La inacción del CdS contrasta con la decidida postura seguida, entre otros muchos, por el Consejo de la LEA, quien reunido a nivel ministerial el 24-III-2003, decidió:"condenar la agresión estadounidense y británica contra el Iraq, Estado Miembro de las Naciones Unidas y

miembro de la LEA; (y) considerar que esta agresión constituye una violación de la Carta de

sos se vuelve, a su vez, contra el propio CdS y contra toda la ONU, cues- tionando a su vez la viabilidad práctica del Derecho Internacional. Como señaló el Iraq ante el CdS:

> Es una violación grave y escandalosa del Derecho Internacional, la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones del CdS relativas al Iraq, todas las cuales insisten en el respeto de la soberanía, la independencia política y la integridad territorial del Iraq. Es deplorable y reprensible también que la Secretaría no haya emitido una declaración o reacción por la cual condene o denuncie esta agresión. Tampoco dirigió el Secretario General de las Naciones Unidas ninguna carta al CdS, con arreglo al Artículo 99 de la Carta, para señalarle a la atención que dicha agresión constituía la más grave amenaza a la paz y la seguridad internacionales y comprometía el destino y futuro mismo de las Naciones Unidas[107].

Son el ataque y la invasión de los Estados Unidos y el Reino Uni- do los que originan el sufrimiento fundamental del pueblo del Iraq, y cual- quier medida dirigida a remediar este sufrimiento pasa por que el CdS asuma inmediatamente sus responsabilidades y apruebe una resolución en la que pida el cese inmediato de la agresión de los Estados Unidos y el Reino Unido contra el Iraq y la retirada inmediata e incondicional de las fuerzas invasoras del territorio iraquí[108].

---

las Naciones Unidas y de los principios del Derecho Internacional, un abandono de la legitimidad internacional, una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y un acto de desafío a la comunidad internacional y a la opinión pública mundial, que piden la solución de las controversias por medio pacíficos y el cumplimiento de las decisiones que tienen legitimidad internacional". Resolución núm. 6266/119/2, de 24-III-2003 del Consejo de la LEA titulada "La agresión de los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra nuestro hermano el Iraq y sus consecuencias para la seguridad y el bienestar de los Estados árabes vecinos y la seguridad de la nación árabe", anexa a NU, doc. S/2003/365: Carta de fecha 24-III-2003 dirigida al Presidente del CdS por el Observador Permanente de la LEA ante las Naciones Unidas, p. 3.

107 *Confr.* NU, doc. S/2003/358: Carta de fecha 21-III-2003 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas, p. 3, pár. 2.

108 *Confr.* Carta del Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Iraq, anexa a NU, doc. S/2003/389: Carta de fecha 28-III-2003 dirigida al Presidente del CdS por el

Representante

Las consideraciones realizadas el 26-III-2003 por el Observador Permanente de la LEA ante la ONU, Sr. Mahmassani, también suscitan muy graves interrogantes:

> Hoy instamos al CdS a que asuma sus obligaciones como órgano responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. ¿Cómo se puede mantener en silencio el CdS mientras se libra esta violenta guerra ante sus propios ojos? ¿Cómo puede el CdS hacer caso omiso de la devastación, la agresión y los centenares –o mejor dicho miles– de víctimas civiles de esta guerra? Instamos al CdS a que ponga fin a esta guerra y a que exija la retirada inmediata de las fuerzas invasoras. Es responsabilidad del CdS, y de ello depende su credibilidad y la credibilidad de todo el sistema internacional, que se está desmoronando con el bombardeo multidimensional de Basora y Bagdad[109].

Tras el cese de las hostilidades en el Iraq en abril de 2003, y pese a algunas medidas relevantes adoptadas desde entonces[110], las implicaciones y el protagonismo del CdS en la gestión de esta crisis y en el res-

Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas, p. 4, pár. 2. En un sentido similar se pronunció, a título de ejemplo, el representante de Malasia, Sr. Mohd Isa, en nombre del Movimiento de Países No Alineados (NU, doc. S/PV.4726, p. 7).

[109] *Ibíd.*1, 0p..También individualmente muchos Estados se expresaron en similares términos. Cabe citar, a título de ejemplo, la intervención del representante de Siria ante el CdS, Sr. Wehbe (NU, doc. S/PV.4701, p. 36) o la del Sr. Hidayat, representante de Indonesia, el 26-III- 2003 (NU, doc. S/PV.4726, p. 21).

[110] Con la resolución 1483 (2003), de 22-V-2003, adoptada por 14 votos a favor y la abstención de Siria, el CdS dispuso el levantamiento de todas las sanciones de carácter no militar impuestas al Iraq desde 1990 y dispuso la continuación del Programa humanitario de "petróleo por alimentos" por un plazo final de seis meses, tras el cual el Programa se daría por terminado y alguna de sus principales funciones se traspasarían a la "Autoridad del Iraq" que, de momento, no es otra más que la "Autoridad Provisional de la Coalición". Con la resolución 1490 (2003), de 3-VII-2003, el CdS reconoció que ya no era necesario mantener la Misión de Observación de las Naciones Unidas para el Iraq y Kuwait (UNIKOM), ni la zona desmilitarizada establecida en virtud de la resolución 687 (1991), como protección frente a las amenazas que para la seguridad internacional representaban las acciones iraquíes contra

Kuwait. En consecuencia, el CdS decidió prorrogar el mandato de la UNIKOM por un últi-

tablecimiento de la paz han sido menores, quedando relegado a un muy discreto segundo plano respecto de la denominada "Autoridad Provisional de la Coalición"[111].

V | Reflexiones finales

Los bombardeos aéreos de Yugoslavia, Kosovo incluido, y la pos- terior invasión y ocupación militar del Iraq, precisamente porque se reali- zaron al margen de cualquier contexto normativo general, se configuran como comportamientos muy graves capaces de modificar todo el apara- to de las relaciones internacionales surgido tras la Segunda guerra mundial y fundado sobre la primacía de la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de comportamientos tan graves que son capaces de cuestionar la propia persistencia del ordenamiento internacional basado sobre el Derecho y no sobre la discrecionalidad del más fuerte. Se podría tratar de un retor- no al período anterior al de la existencia de la Carta de las Naciones Uni-

mo período que concluyó el 6-X-2003. Con la resolución 1500 (2003), de 14-VIII-2003, el CdS estableció la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para el Iraq con fines sobre todo de asistencia humanitaria y reconstrucción económica del Iraq. En la resolución 1511 (2003), de 16-X-2003, el CdS buscó un delicado equilibrio al subrayar que la "Autoridad Provisional de la Coalición" se hace cargo con carácter temporal de las funciones, atribuciones y obligaciones específicas del Iraq,"que cesarán cuando un gobierno representativo y reconocido internacionalmente, establecido por el pueblo del Iraq, preste juramento y asuma las funciones de la Autoridad", determinando al mismo tiempo "que el Consejo de Gobierno y sus ministros son los principales órganos de la administración provisional iraquí que, sin perjuicio de su evolución posterior, está investida de la soberanía del Estado del Iraq durante el período de transición". Con la misma resolución, el CdS "autoriz(ó) a una fuerza multinacional bajo mando unificado a que tome las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en el Iraq, incluso con el fin de asegurar las condiciones necesarias para la aplicación del calendario y el programa y para contribuir a la seguridad de la Misión de las Naciones Unidas de Asistencia para el Iraq, el Consejo de Gobierno del Iraq, y otras instituciones de la administración provisional iraquí, y la infraestructura humanitaria y económica fundamental".

[111] *Vid.*, entre otros: Andrés Sáenz De Santa María, P.,"El CdS en la guerra contra Irak: ¿ONG pri-

das, cuando la guerra y el uso de la fuerza constituían un medio permitido para resolver los conflictos jurídicos y políticos entre los Estados.

A pesar de no tener la autorización del CdS, ni siquiera de intentar conseguirla, 10 Estados miembros de la OTAN estuvieron dispuestos, cuando lo consideraron oportuno, a utilizar la fuerza contra el Estado yugoslavo. Con tal comportamiento, sustituyeron a un centro de decisiones que actúa sobre la base de una representación mundial, como es el CdS, por un centro de decisiones que actúa sobre una base político-regional que se identificó con la OTAN, pese a que, como se ha indicado, ni siquie- ra el Tratado del Atlántico Norte permite un uso agresivo de la fuerza. Se persiguió sustituir las normas de la Carta por un documento programáti- co muy ambiguo y confuso como lo es el "Concepto estratégico de la Alianza". En el caso de la invasión y ocupación militar del Iraq, también se ha pretendido suplantar la autoridad de un centro de decisiones con una representación mundial, como es el CdS, por una "alianza" militar fáctica para el caso concreto compuesta por tres Estados (Australia, Estados Uni- dos, Reino Unido), respaldada políticamente por unas decenas más de Es- tados: la "coalición". En este caso, y pese al más que evidente rechazo del CdS a autorizar el uso de la fuerza, las normas de la Carta en esta mate- ria no se han sustituido por otras normas, sino tan sólo por la voluntad discrecional de los miembros de la "alianza" fáctica, al margen de cualquier norma alternativa.

---

vilegiada, convalidador complaciente u órgano principal?", *REDI*, 55, 2003, pp. 205 y ss.; Byers, M., "The Shifting Foundations of International law: A Decade of Forceful Measures against Iraq", *EJIL*,p1p3. ,2210y02ss, .; Castillo Daudí, M., "La ocupación militar de Irak ante el Derecho Internacional", *REDI*, 55, 2003, pp. 223 y ss.; Damrosch, L., "The Permanent Five as Enforcers of Controls on Weapons of Mass Destruction: Building on the Iraq "Precedent"?, *EJIL*, 13, 2002, pp. 305 y ss.; Fassbender, B.,"Uncertain Steps into a Post-Cold War World:The Role and Functioning of the UN Security Council after a Decade of Measures Against Iraq", *EJIL*, 13, 2002, pp. 273 y ss.; GRAY, C.,"From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq", *EJIL*, 13, 2002, pp. 1 y ss.; Howse, R., "The Road to Baghdad is Paved with Good Intentions", *EJIL*, 13, 2002, pp. 89 y ss.; Johnstone, I., "Security Council Delibera- tions: The Power of the Better Argument", *EJIL*, 14, 2003, pp. 437 y ss.; Oette, L., "A Decade of Sanctions against Iraq: Never Again! The End of Unlimited Sanctions in the Recent Practi- ce of the UN Security Council", *EJIL*, 13, 2002, pp. 93 y ss.; Pérez González, M., "La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preven- tiva", *REDI*, 55, 2003, pp. 187 y ss.

No deja de ser llamativo que tanto los 10 Estados miembros de la OTAN que bombardearon Yugoslavia, como los tres Estados que constituyeron la "alianza" para invadir y ocupar militarmente al Iraq, se hayan autocalificado a sí mismos como la "comunidad internacional", como si 10 ó 3 Estados pudiesen confundirse e identificarse con los 191 Estados Miembros de la ONU. Este simple error matemático estuvo presente en las declaraciones de prensa efectuadas por el Sr. Javier Solana, Secretario General de la OTAN, al anunciar el 23-III-1999 el inicio de los bombardeos aéreos de Yugoslavia:

Hemos entrado en acción después del rechazo de la República Federativa de Yugoslavia a las exigencias de la comunidad internacional:

- Aceptación del acuerdo político interino que ha sido negociado en Rambouillet;

a) Pleno cumplimiento de los límites (impuestos) al Ejército y a las Fuerzas de Policía Especial serbios convenidos el 25 de octubre;
b) Fin del uso excesivo y desproporcionado de la fuerza en Kosovo.

Como advertimos el 30 de enero, el incumplimiento de estas exigencias conduciría a la OTAN a tomar cualesquiera medidas para im- pedir una catástrofe humanitaria[112].

El mismo error lo volvió a cometer el Sr. John D. Negroponte, Re- presentante Permanente de los Estados Unidos ante la ONU, al informar al Presidente del CdS del inicio de las operaciones militares en el Iraq:

Las acciones que las fuerzas de la coalición están llevando a cabo constituyen una respuesta apropiada. Son medidas necesarias para defender a los Estados Unidos y a la comunidad internacional de la amenaza que plantea el Iraq y restablecer la paz y la seguridad internacionales en la zona[113].

[112] *Op. cit*. El mismo error estuvo presente en las declaraciones del general Clark, comandante en jefe de las fuerzas de la OTAN, efectuadas el 14-V-1999:"*We're going to systematically and progressively attack, disrupt, degrade, devastate, and ultimately, unless President Milosevic complies with the demands of the international community, we're going to completely destroy his forces and their facilities and support*". Citado en la Opinión disidente del Juez *adhoc* Kreca en el asunto sobre la legalidad del uso de la fuerza, Providencia de la CIJ de 2-VI-1999. *IR.Ce.-J. ports, 1999*, pár. 6.

[113] NU, doc. S/2003/351, *cit.*

Estos dos acontecimientos, más que ningún otro hasta el momento, avivan más que nunca el debate doctrinal que hace siglos plantearon Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. El debate entre un ordenamiento jurídico que responda a una sociedad universal y paritaria, en el que la diversidad de religiones (o de ideas políticas) no sea justa causa de guerra, o un ordenamiento jurídico en el que una élite o grupo minoritario pue- da derogar a su antojo el cumplimiento de normas jurídicas como el *pac- ta sunt servanda*, incluida la prohibición convencional de hacer la guerra, para propagar su fe (o sus ideas políticas o sus intereses económicos).

No han sido las discusiones doctrinales sino las más crudas de las realidades las que han planteado actualmente de modo sangrante esta alternativa. Si de la práctica internacional ha resurgido el problema, debe ser en la propia práctica internacional donde se encuentren las respuestas. En el caso de los bombardeos aéreos de Yugoslavia, Kosovo incluido, de momento la praxis internacional deja un margen muy reducido para la esperanza. El 15-XII-2004, la CIJ finalmente se declaró incompetente para conocer del fondo de las demandas presentadas por Yugoslavia contra todos los Estados miembros de la OTAN que la bombardearon. Aunque la CIJ ha insistido en que su declaración de incompetencia no prejuzga en absoluto la cuestión de si se cometieron o no violaciones del Derecho Internacional y de si se incurrió o no en responsabilidad internacional[114], las posibilidades de un arreglo pacífico de estas cuestiones se han evapora- do en gran medida.

La evolución del caso de la invasión y ocupación militar del Iraq tampoco apunta, por el momento, el más mínimo indicio hacia el retorno a un sistema de seguridad colectiva universal. Sólo la eventualidad de que el CdS se haga cargo cuanto antes del control político y militar del Iraq ocupado hasta la devolución o restitución de su plena soberanía, contribui- ría a restaurar la legitimidad internacional y a devolver al CdS su credibili- dad como responsable principal del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Es cierto que algunos Estados han reclamado un mayor protagonismo de la ONU en la gestión de esta crisis. Así, por ejemplo, se expresó el 26-III-2003 el representante de Suiza, Sr. Staehelin, ante el CdS: Las Naciones Unidas tienen el deber de asumir el papel indispensable que les compete a fin de hallar cuanto antes una solución a la crisis

[114] Fallo de la CIJ de 15-XII-2004. *tl.sC,* 1, p1á4r..
.2J.0R0e4por

iraquí que resulte aceptable para la comunidad internacional en su conjunto. En este contexto, la Organización no debe ser instrumentalizada ni quedar marginada. Las Naciones Unidas deben recuperar cuanto antes el papel central que les corresponde. Tienen que desempeñar una función fundamental, especialmente en lo relativo a la coordinación de la ayuda humanitaria y al pleno restablecimiento de la soberanía del Iraq. Esta soberanía ten- drá que restablecerse tanto en el plano político, respetando plenamente la unidad y la integridad territorial del Iraq, como en el plano económico, ya que los recursos del país únicamente pertenecen a los iraquíes[115].

Actitud que contrasta fuertemente con el hecho de que la "coalición" no haya dejado hasta ahora el menor margen de acción al CdS en la gestión de esta crisis. También la prometida devolución de la soberanía para el 30-VI-2004 se tambaleó, al anunciar el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Sr. Colin Powell, que la soberanía no se restablecerá "plenamente" y que las tropas de los Estados Unidos permanecerán en Iraq después de tal fecha. En estas circunstancias, y cualquiera que sea el resultado de las elecciones previstas en Iraq para el próximo 30-I-2005, pensar en la probabilidad de que un tribunal internacional se pronuncie sobre la legalidad de la invasión y ocupación militar del Iraq resulta, hoy por hoy, sencillamente inimaginable.

El tiempo y la práctica internacional dirán hacia qué dirección se orientará la comunidad internacional en los próximos años: si por comunidad internacional se continuará entendiendo a un conjunto que reúna a todos los Estados, buscando quizás algún remedio político y jurídico al riesgo de parálisis que pesa sobre el CdS de la ONU; o si por comunidad internacional se debe entender al grupo o "alianza" de Estados que sabe bombardear mejor que los demás y que, por ello, tienen más razones que los otros. De optarse por este segundo supuesto, que demostraría como un sistema normativo puede no sólo progresar, sino también retroceder, deberían tenerse en cuenta las observaciones que tanto en los ámbitos diplomático como académico se han formulado. En el ámbito diplomático, se debería recordar la intervención, el 11-III-2003, del Observador Permanente de la LEA, Sr. Mahmassani, ante el CdS:

[115] NU, doc. S/PV.4726, p. 32, pár. 7. En la misma línea se expresaron otros miembros del CdS. Por ejemplo, el 27-III-2003, el representante de México, Sr. Aguilar Zinser, sostuvo que: "Si bien este conflicto ocurre por decisiones adoptadas fuera del CdS, este Consejo sigue

sien-

Nos encontramos frente a una coyuntura histórica que determinará el destino de las generaciones venideras y el futuro de la legitimidad internacional durante mucho tiempo. Los planes de guerra contra el Iraq serán un preludio de otras guerras. La humanidad volverá al período anterior a 1939: los principios y valores se desmoronarán, los fuertes dominarán a los débiles e imperará el caos[116].

En el ámbito académico, cabría destacar las palabras del profesor Scovazzi sobre las consecuencias de esta segunda alternativa:

...i dubbi sul carattere guiridico dell'ordinamento internazionale non avrebbero più ragione di essere. I caccia bombardieri sarebbero molto più utili delle raccolte di norme; i giuristi troverebbero un proficuo impiego como apologeti dei generale, e tutti i latinismi ricorrenti nel linguaggio giuridico potrebbero essere sostituiti da un solo: quia sum leo[117].

do la única instancia dotada de la legitimidad, la autoridad y las facultades necesarias para encauzar un proceso de paz" (**NU**, doc. S/PV.4726 (Reanudación 1), p. 20, pár. 7).

[116] **NU**, doc. S/PV.4717, p. 11, pár. 7.

[117] *Corso di Diritto Internazional. Parte I. Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale.*

Derecho Internacional Público

La protección del medio ambiente en el Mercosur. Realizaciones y problemas pendientes

Ernesto J. Rey Caro

El Consejo del Mercado Común, por Decisión N° 2/01 del 22 de julio de 2001, aprobó el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, instrumento éste de duración indefinida, que debía entrar en vigencia treinta días después de que se depositara el cuarto instrumento de ratificación. Era necesario, por lo tanto, la ratificación de todos los Estados Partes del Tratado de Asunción. Finalmente, aquella meta se cumplió el 27 de junio de 2004.

Constituye el paso más importante dado en relación con la pro- tección del medio ambiente desde la creación del Mercosur y la culmina- ción de una de las tareas que emprendiera el Subgrupo de Trabajo N° 6, "Medio Ambiente", del Grupo Mercado Común a mediados de la década pasada.

En otros trabajos hemos abordado la tónica con que los proble- mas vinculados con el medio ambiente se instalaron en el ámbito del Mercosur, y las características que revistió el Proyecto de Protocolo Adi- cional al Tratado de Asunción elaborado y aprobado en el seno del Sub- grupo mencionado[1], que luego concluiría con la adopción del instrumen- to de marras.

[1] "Evolución de los problemas ambientales en el Mercosur", en *Humanismo Ambiental,Terceras Jornadas de Reflexión*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, pp. 119 y ss. ;"Las competencias del Mercosur en el campo del medio ambiente", en *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of the Euro-*

Señalamos que el esfuerzo para establecer un marco jurídico para la política ambiental en el Mercosur, constituyó un acontecimiento relevante, y que la vía escogida –un protocolo adicional al Tratado constitutivo de este proceso de integración– era uno de los caminos más aconsejables habida cuenta de la estructura institucional y orgánica actual del Mercosur. Igualmente pensamos que aquel proyecto podía frustrarse o diluirse si prevalecían los intereses particulares de los Estados. Este temor aún no se ha disipado pese a la adopción del Acuerdo Marco.

En efecto, un simple cotejo de este instrumento convencional con el proyecto del Subgrupo N° 6, pone de manifiesto que éste era una herramienta mucho más elaborada, que contemplaba diversos aspectos de una "política ambiental", al margen que preveía obligaciones bien definidas.

El Acuerdo se muestra como un instrumento relativamente simple y esencialmente programático, que necesita de un desarrollo posterior, como lo insinúa su Artículo 7°.

El preámbulo incluye enunciados usuales en este tipo de acuer- dos, aunque se otorga particular relevancia al principio de cooperación, que luego será desarrollado en el Capítulo III y aparece reiteradamente destacada la relación entre la protección del medio ambiente y el "desa- rrollo sustentable" o la "utilización sustentable de los recursos naturales".

Se advierte también por el enunciado incluido en el Preámbulo y en el primer dispositivo del Acuerdo, que la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992 y la Agenda 21,constituyen el "eje" sobre el que se asentarán los compromisos asumidos. Ello explica igualmente el propósito expresado en el Artículo 2° de instrumentar la aplicación de los principios de la citada Declaración, que no hubieren sido objeto ya de tratados internacionales.

Llama la atención que el propósito rector del Acuerdo, que normalmente se incluye en las primeras normas de un tratado –y así estaba establecido en el proyecto de Protocolo–, recién aparece en el cuarto dispositivo: "El presente Acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustenta- ble y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las di- mensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una me-

---

pean Community, the Mercosur and the NAFTA, (Edited by Tullio Scovazzi), Milano, 2001, pp.

135 y ss.

jor calidad del ambiente y de la vida de la población". Curiosamente se incluye en primer lugar, "el desarrollo sustentable" , modificando el orden que establecía el primer dispositivo del proyecto ya citado.

El Artículo tercero realiza un enunciado no taxativo de "acciones" que los Estados Partes se comprometen a emprender en orden a alcanzar el objetivo del Acuerdo e implementar sus disposiciones. Entre ellas, "la promoción de la protección del medio ambiente y del aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sociales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio", principios estos últimos proclamados en el Preámbulo del Tratado de Asunción. Asimismo, la incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales; la promoción del desarrollo sustentable mediante el apoyo recíproco de los sectores ambientales y económicos; el "tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales"; la promoción de la participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; y el fomento de la "internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión". Muchas de estas "acciones" estaban propuestas, bajo la forma de "principios" en el artículo cuarto del Proyecto de Protocolo, aunque este dispositivo recogía con mayor detalle los "principios ambientales" que usualmente son incluidos en los acuerdos internacionales y reconocidos en la doctrina. Así, –v.g.– se incorporaban los principios de "prevención" y el de "precaución", dos pilares en la protección internacional del medio ambiente. Como tales, ellos están ausentes en el Acuerdo.

El Capítulo tercero de este último instrumento –integrado por dos artículos–, está dedicado a la cooperación ambiental. El Artículo 5°, establece la cooperación en torno al cumplimiento de los acuerdos internacionales "que contemplen materia ambiental" de los cuales sean partes, cooperación que "podrá incluir, cuando se estime conveniente", la adopción de políticas comunes en diversas materias, incluyendo el intercambio de información sobre "las posiciones nacionales en foros ambientales internacionales". Hemos remarcado la redacción de los compromisos para mostrar la laxitud que prima en los enunciados.

El Artículo 6° consagra también "acciones", pero esta vez en orden a "profundizar el análisis de los problemas ambientales de la subregión con la participación de los organismos nacionales competentes y de las organizaciones de la sociedad civil". Tales acciones, *inter alia*, están diri-

gidas a un intercambio de información en materia de leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas ambientales; a incentivas políticas e instrumentos nacionales en materia ambiental; a lograr la armonización de legislaciones ambientales "considerando las diferentes realidades ambientales, sociales y económicas del Mercosur"; a la promoción de condiciones ambientales saludables y seguras; a promover la adopción de políticas, procesos productivos y servicios no degradantes del medio ambiente; a incentivar la investigación científica y el desarrollo de tecnologías limpias; a brindar en tiempo oportuno información sobre desastres y emergencias ambientales que puedan afectar a los otros Estados Partes, y cuando fuere posible otorgar apoyo técnico y operativo; a promover la educación ambiental "formal y no formal"; a tomar en cuenta los aspectos culturales cuando sea pertinente, en los procesos de toma de decisiones en materia ambiental; a desarrollar acuerdos sectoriales en temas concretos en orden a lograr el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo.

En estas acciones, está con frecuencia presente el marco de un "desarrollo sustentable" y la consideración de las características de cada uno de los Estados Partes.

En un Anexo del Acuerdo se enuncian "áreas temáticas"en relación con las cuales los Estados Partes se comprometen a acordar "pautas de trabajo" y que deberán desarrollarse "en consonancia con la agenda de trabajo ambiental del Mercosur"(Artículo 7).Se establecen –en forma no taxativa– cuatro grandes áreas.

La primera, está referida a la gestión sustentable de los recursos naturales, e incluye la fauna y la flora silvestre, los bosques, las áreas protegidas, la diversidad biológica, la bioseguridad, los recursos hídricos, los recursos ictícolas y acuícolas y la conservación del suelo.

La segunda, se refiere a la calidad de vida y planeamiento ambiental. Se indican –*inter alia*– el saneamiento básico y agua potable, los residuos urbanos e industriales, los residuos, sustancias y productos peligrosos, la protección de la atmósfera y la calidad del aire, las fuentes renovables y/o alternativas de energía.

La tercera, está dedicada a los instrumentos de política ambiental. Comprenden, entre otros, la legislación ambiental, los instrumentos económicos, los instrumentos de control ambiental, la evaluación del impacto ambiental, el gerenciamiento ambiental de empresas, los sistemas de información, las emergencias ambientales, etc.

La cuarta incluye las actividades productivas "ambientalmente sustentables". Entre ellas, el ecoturismo, la gestión ambiental empresarial, el manejo forestal sustentable, la pesca sustentable.

En el capítulo referido a las disposiciones generales –duración, entrada en vigor, estado depositario del acuerdo– se regula la solución de controversias que pudieran surgir con motivo de la aplicación, interpreta- ción o incumplimiento de las disposiciones del Acuerdo. Al respecto, se efectúa una remisión al "Sistema de Solución de Controversias vigente en el Mercosur", fórmula que habíamos propuesto en reemplazo de la adop- tada en el proyecto de Protocolo. En verdad, teniendo en consideración las características del Acuerdo, que ya hemos señalado, es muy difícil que puedan presentarse controversias en torno a su aplicación, interpretación o incumplimiento.

Una apreciación global del nuevo instrumento, permite apreciar que se trata de un "catálogo" de cuestiones ambientales que deben ser reguladas por medio de otros instrumentos. Asimismo, es eminentemente programático.

Estimamos que el Acuerdo sólo puede ser valorado como positivo, si se tiene en cuenta las dificultades que se han presentado *ab initio* para adoptar un instrumento mucho más desarrollado y con obligaciones concretas y precisas en torno a esta materia. En razón de que se comprometen intereses particulares y generalmente sectoriales de los Estados Miembros del Mercosur, ha existido una reticencia, cuando no un temor, de que una regulación medioambiental muy estricta, entre en colisión o dificulte el logro de las metas predominantemente económicas del Tratado de Asunción, postura esta que, por cierto, no compartimos.

Cabe destacar que tanto en el Consejo Mercado Común, como en el Grupo Mercado Común especialmente, la temática ha permanecido en las respectivas agendas y no son pocas las Decisiones y las Resolucio- nes adoptadas referidas a cuestiones ambientales. Asimismo, los trabajos en otros Subgrupos del GMC revelan la interrelación existente entre los temas específicos de tales Subgrupos y los problemas ambientales.

No obstante, por la naturaleza del instrumento, merece una consideración especial la conclusión de las negociaciones en el seno del Subgrupo N° 6, en torno a un proyecto de "Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de Medio Ambiente en materia de Emergencias Ambientales" sometido en abril de 2003 –Recomendación N°01/03–, a consideración del

GMC, que lo aprobó por Decisión N° 14/04. Entrará en vigor 30 días después del depósito del cuarto instrumento de ratificación.

Esta era una de las áreas temáticas incluidas entre los "instrumentos de política ambiental", previstos en el Anexo del Acuerdo Marco.

La parte preambular, destaca la necesidad de contar con un instrumento jurídico de cooperación "para prevenir, mitigar, dar respuesta in- mediata y recuperar ante emergencias ambientales" y el rol de la solidari- dad y la buena vecindad en tales circunstancias.

El Protocolo, siguiendo una práctica ya consagrada en materia convencional, dedica el primer dispositivo a las definiciones de los términos aludidos en el Protocolo.

Así se define las emergencias ambientales como "toda situación resultante de un fenómeno de origen natural o antrópico que sea susceptible de provocar graves daños al ambiente o a los ecosistemas y que, por sus características, requiere asistencia inmediata".

Es conocido el hecho de que si bien desde la década del 60 del siglo pasado se produjeron catástrofes como la del Torrey Canyon, del Amoco Cádiz o de Bhopal en la India, fueron los desastres de la Usina Sandoz y de Chernobyl, en abril y noviembre de 1986, los que movilizaron a los Estados para tratar de establecer una normativa internacional en materia de emergencias ambientales con efectos transfronterizos. La reglamentación debía comprometer a los Estados en cuyos territorios se producían las catástrofes y a los otros Estados para prestar la ayuda pertinente en tales circunstancias. En 1986 se suscribieron en Viena, dos convenciones internacionales. Una sobre notificación inmediata de accidentes nucleares y la otra sobre cooperación en caso de accidentes de esta na- turaleza. Se otorgó al Organismo Internacional de Energía Atómica un rol destacado para la instrumentación de los mecanismos creados.

Por otra parte, la Declaración de Río en el Principio 18, instituyó la obligación de los Estados de notificar inmediatamente los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que pudieran provocar efectos nocivos "súbitos" en el medio ambiente de otros Estados.

La Convención de 1997 sobre los Usos de los Cursos de Agua In- ternacionales para fines distintos de la Navegación, ha contemplado en el Artículo 28 las "situaciones de emergencia" y el Convenio sobre la Protec- ción y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos In- ternacionales" firmado en Helsinki, en 1992, ha previsto en los Artículos 14 y 15 "sistemas de alerta y alarma" y "asistencia mutua". Incluso existen en-

tre los países miembros y asociados del Mercosur convenios bilaterales que contemplan acciones en caso de emergencias en materias concretas.

Muchos de tales instrumentos convencionales prescriben qué debe entenderse por "emergencia", "accidente" o situaciones similares.

De conformidad con la definición incorporada en el Protocolo en examen deben concurrir varias circunstancias. En primer lugar, que se trate de un fenómeno de origen natural o proveniente de una acción hu- mana. En segundo lugar, que sea susceptible de ocasionar un "grave daño" al ambiente o ecosistema. Por lo tanto no se incluirían situaciones que pu- dieran ocasionar daños menores o alteraciones poco significativas en el medio ambiente. De allí que cada situación debe ser evaluada para deter- minar si cabe ser incluida en la casuística comprendida en el Artículo 1. Por último, deben requerir una asistencia inmediata.

Asimismo, se define la expresión "Puntos focales", comprensiva de los organismos competentes que cada Estado identifique como tales para intervenir en caso de emergencias ambientales. Otros convenios o tratados mencionan "organizaciones internacionales competentes", "órganos competentes", "órganos nacionales con competencia en la materia", etc.

Para el resto de las definiciones, el dispositivo en examen remite al Glosario ARCE, aprobado en la IV° Conferencia de la Asociación Iberoamericana de Organismos Gubernamentales de Defensa y Protección Civil, del año 2000. En cuanto al "objeto" del instrumento –Artículo 2–, éste se apoya en la cooperación como mecanismo básico cuando se produzca una emergencia ambiental en uno de los Estados Partes que pudieran producir efectos reales o potenciales en el ambiente y/o población de otro Estado Parte. Igualmente los Estados se comprometen a comunicarse mutuamente a través de la SAM –Artículo 3- el o los Puntos Focales que deberán actuar y/o recibir las notificaciones y comunicaciones en caso de emergencias ambientales.

La cooperación mencionada tiene como ámbito de aplicación el territorio de los Estados Partes –Artículo 4–, y se concretará –*inter alia*–, en las siguientes actividades: intercambio de información previa que re- quieran medidas de prevención o que pudieren derivar en emergencias ambientales; intercambio de información y experiencias en materia de prevención, mitigación alerta, etc., en caso de emergencias ambientales; in- tercambio de información en materia de tecnología aplicable en la misma hipótesis; planeamientos conjuntos en materia de reducción de riesgos, elaboración de planes y programas conjuntos

para la eventualidad de

emergencias ambientales; desarrollo de programas de capacitación en emergencias ambientales.

Esta previsión del Protocolo de sustentar la efectividad del mis- mo en la “cooperación” es usual en los instrumentos internacionales de la misma especie. Es en estas circunstancias en donde la cooperación juega un rol esencial, y se materializa de múltiples conductas o acciones a cargo de las partes contratantes.

Los dispositivos siguientes –Artículos 5 y 6– establecen normas de procedimiento tanto de notificación, como de asistencia. En lo que atañe al primer aspecto se prevé la armonización de procedimientos compatibles para actuar en caso de emergencia, sin perjuicio de la transmisión de la información pertinente. El o los Estados Partes donde el evento haya ocurrido debe enviar a los otros Estados Partes un informe final que detalle los hechos, y las recomendaciones que estime pertinentes en materia de prevención. En esta contingencia se otorga un papel especial a los “Puntos Focales” de los Estados involucrados, que incluye notificaciones y designación de expertos para evaluar la situación y efectuar las recomendaciones técnicas del caso. Asimismo, se prevén visitas *in situ* p- ara la eva luación de daños y examen de necesidades. El Artículo 7 regula la actividad de estas misiones de asistencia y la información que debe proporcionarse en relación con ellas y el dispositivo siguiente el procedimiento para el ingreso de la misión en el territorio del Estado que hizo la notificación o pedido de asistencia. Sobre este Estado recaen los gastos que ocasionen el desplazamiento de la misión, salvo acuerdo en contrario.

El artículo 10 prevé el intercambio de información sobre el marco normativo; tecnología disponible aplicable; experiencia en materia de prevención, mitigación, alerta, respuesta y recuperación ante las emergencias; y la organización existente a las respectivas jurisdicciones en materia de emergencias ambientales.

En materia de solución de disputas que pudieran surgir con mo- tivo de la aplicación, interpretación e incumplimiento de las disposiciones del Protocolo, se efectúa una remisión al sistema de solución de contro- versias que estuviere vigente en el Mercosur. En este aspecto, se sigue las pautas receptadas en el Acuerdo Marco, que sin duda son las más adecua- das, pues evitan la proliferación de mecanismos a tales efectos.

Las otras normas incorporadas son las usuales, vinculadas con la duración del acuerdo, designación de depositario y entrada en vigor.

Una visión global del Protocolo, permite sostener que también se trata de un instrumento "básico", que a su vez necesitará una reglamentación o reglamentaciones posteriores para complementar aspectos fundamentalmente procesales, tales como fijación de términos cuando sea pertinente, coordinación de acciones, etc. Contiene tanto normas ejecutivas como programáticas.

La tendencia a establecer regulaciones particulares para las materias enunciadas en el Anexo del Acuerdo Marco, hace prever que la protección del medio ambiente en el Mercosur se manifestará en una trama de instrumentos, generalmente elementales, cuando no programáticos, que necesitarán una normativa complementaria, tarea ésta que podrán cumplirla los órganos pertinentes del Mercosur. Con los riesgos que implica la diversificación normativa, al menos debe rescatarse el propósito de avanzar en esta materia tan entrañable a los intereses de los Estados y de sus habitantes.

No obstante, debe señalarse que desafortunadamente los tiempos de los órganos legislativos de los Estados que deben aprobar los ins- trumentos adoptados, tanto en esta materia como en muchas otras, no responden a las necesidades de un proceso que requiere soluciones ur- gentes e impostergables. Prueba de ello es el generalmente largo periodo que transcurre desde la adopción de los instrumentos hasta la entrada en vigencia. Es otra de las cuestiones para reflexionar y que exigen solucio- nes impostergables.

Derecho Internacional Público

Principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa. El principio de precaución

Zlata Drnas de Clément

I | Introducción

Los principios generales del Derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias del Derecho internacional, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a principios generales del derecho[1]. Por ello, en primer lugar, efectuaremos unas breves consideraciones sobre los principios generales del Derecho internacional ambiental como fuente normativa (I).

Los más reconocidos principios del Derecho internacional ambiental son *i.a.*: prevención[2], precaución, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, patrimonio, multiactoralidad. Dada la imposibilidad de abordar a todos ellos en un trabajo breve como el presente, nos detendremos en el principio de precaución, por ser el que ha dado lugar a mayores discusiones sobre su naturaleza y alcance y por ser uno de los más críticos a la luz de los cambios globales de nuestro tiempo; punto de inflexión de la más alta sensibilidad a la hora de definir los límites de los desarrollos científicos y tecnológicos y la relación entre comercio y ambiente; eje del desarrollo sostenible (II).

---

1 Convicciones jurídicas coincidentes, máximas abstractas, surgidas en foro doméstico (*vg:* -bue na fe, *pacta sunt servanda*, equidad, prohibición de abuso de derecho, etc.).

2 El que abarca tanto la prevención *ex ante* (acción preventiva frente al riesgo) como *ex post* (acción preventiva previsora de la reparación del daño), que comprende *i.a.* a los sub-principios 'contaminador-pagador', 'responsabilidad común pero diferenciada', etc.

II | Los principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa

Las fuentes formales tienen un proceso creativo, formativo, si bien, frecuentemente, en la doctrina se ha confundido el proceso/procedimiento de formación de la norma con el resultado del proceso: la norma en sí. Es de observar que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) –al que suele tomarse como base para el estudio de las fuentes del Derecho internacional– hace referencia a las fuentes del Derecho internacional como normas en estado de aplicabilidad y no al procedimiento de formación de las mismas, más allá de que al definir las mismas haga referencia al proceso[3]-[4].

No debe llamar la atención que se tome al Art. 38 del ECIJ como base para el estudio de las fuentes normativas internacionales, ya que la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organización que posee 191 Estados Miembros, a más de tener vocación de órgano

[3] Art. 38: "1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1.a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *'ex aequo et bono'*, si las partes así lo convinieren".

[4] Dado que el Art. 38 del ECIJ hace referencia a las fuentes normativas y no a los procedimientos de creación de las mismas, tal como lo señaláramos, creemos incorrectas las críticas frecuentemente formuladas a la redacción del párrafo 1.b) relativo a la costumbre, ya que la "prueba" es externa al o a los sujetos involucrados en el proceso de formación de la costumbre como tal. La fuente recién puede considerarse que existe una vez probada por institución legitimada al efecto la existencia de la práctica realizada con la convicción de obrar conforme a derecho. Esta afirmación no puede interpretarse en el sentido de que pretende transformar a la jurisprudencia en fuente principal de derecho, ya que el jurisdiscente sólo *constata* la existencia de los elementos objetivo y subjetivo conformadores de la costumbre, en un rol similar a cuando comprueba si la o las reglas convencionales han sido debidamente reconocidas por los Estados Partes en el litigio.

universal en tanto a ella pueden acceder todos los Estados del Mundo aun cuando no sean miembros de NU[5].

Del citado artículo del ECIJ surge que las fuentes formales principales del DI son: convenciones, costumbre y principios generales del derecho, lo que implica que la Corte puede fallar basándose en una cualquiera de ellas.

La enunciación de fuentes del Art. 38 del ECIJ (al igual que lo hiciera el Estatuto de la CPJI) no indica orden de prelación. Es de recordar que en el proyecto inicial de Estatuto la expresión "en el siguiente orden de prelación", que figuraba en la primera frase del pre-proyecto, fue eliminada y que, deliberadamente, se evitó usar números ordinales para formalizar la enunciación de modo de evitar cualquier indicio de prioridad. Como no es posible citar dos fuentes al mismo tiempo, la enunciación secuencializada es una mera necesidad expositiva. Sí aparece claro que, al enunciar las fuentes principales, el Estatuto ha ido de la fuente más concreta en su formulación a la más abstracta.

Llama la atención que hasta ahora la doctrina no haya reforzado la teorización sobre las fuentes desde la óptica propia del Derecho Internacional Público. El hecho de que el Inc.1. a) del Art. 38 del ECIJ haga referencia a "convenciones generales o particulares" sin aditamentos, da lugar a que se pueda considerar que los dos tipos de convenciones tienen idéntico rol como fuente de Derecho Internacional. Entendemos que ello no es correcto y que sólo son verdaderas fuentes del Derecho Internacional público las convenciones generales (tratados leyes). Únicamente por obra de las fuentes de Derecho Internacional Público (convenciones generales, costumbre general, principios generales de derecho) es que las convenciones particulares (tratados contratos, entendimientos privados entre sujetos internacionales) tienen valor jurídico internacional. Similar si- tuación se da entre las costumbres generales y bilaterales y, parcialmente, con las institucionales. No debemos olvidar que las normas internaciona- les de carácter general son las que regulan los distintos supuestos y rela- ciones de los sujetos de la comunidad internacional. Corolario de lo que acabamos de señalar es que ninguna de las normas particulares sería vali- da si contraviniera a las normas generales. Estas consideraciones han de

[5] Arts. 92 y 93 de la CNU.

ser relevantes a la hora de considerar en la segunda parte los acuerdos multilaterales que contemplan el principio de precaución[6].

Hemos señalado al inicio que los principios generales del Derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias. La costumbre, que es fuente de derecho incontestable en la doctrina, tiene un *rol* de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional dadas las imperfecciones que presenta de sistema. Constitu- ye el único medio de formación de las normas (reglas) generales, aplica- bles al conjunto de los sujetos de derecho internacional. Ello no impide que puedan formarse costumbre regionales, locales o institucionales[7]. La vocación generalizante de la costumbre permite concebir al Derecho in- ternacional como un conjunto normativo común a todos los sujetos de DI. Se ha solido afirmar que el rol que tiene la costumbre en el Derecho internacional no hace más que confirmar el carácter incompleto, primiti- vo de tal derecho. Construcciones jurídicas más perfectas, como el dere- cho comunitario europeo, dejan poco espacio a la costumbre, al estar en condiciones de construir un derecho escrito de tipo codificador.

La costumbre, no formulada en ningún instrumento escrito, se caracteriza por el hecho de que su surgimiento se da espontáneamente (a diferencia del derecho escrito, predominantemente formalista) como parte de los requerimientos de la vida internacional, sin un acto determi- nado de nacimiento.

[6] Ello, sin desconocer que en las últimas décadas, mayoritariamente al influjo consciente o inconsciente de una percepción sociológica postmoderna del "fenómeno jurídico" (particularmente, desde el relativismo, el criticismo y el constructivismo, remozadores de los argumentos sofistas y agnósticos), son frecuentes las afirmaciones que sostienen que las diferenciaciones entre normas generales y particulares no resultan claras, relevantes ni actuales, rechazando la visión racionalista de "lo" público.

[7] Como las reconocidas por la CIJ en sentencia de 18 de noviembre de 1951 en el *Asunto relativo a las Pesquerías Anglo-Noruegas* (*Recueil 1951*, p.116); en sentencia de 12 de abril de 1960 en el *Asunto relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio* (*Recueil 1960*, p. 39); en dic- tamen de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo a Namibia* (*Recueil 1971,* p2.2); en dic- tamen de 8 de julio de 1996 *(Recueil 1996*, p. 70). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la diferencia entre costumbre general y costumbre regional, local o institucional (de las OI) no hace a la naturaleza de la costumbre, ya que la *opinio juris* es, por su propia condición, generalizante, tal como ya lo señaláramos.

Su formación se apoya en la práctica reiterada sin interrupciones en el tiempo, la que lleva a dar a ese comportamiento visos de obligatoriedad[8]. El elemento objetivo de la repetición formativa de la costumbre requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye.

Constituyen pruebas subsidiarias o elementos confirmativos de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, ciertos proyectos de la Comisión de Derecho Internacional. Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones Internacionales en la construcción de la cos- tumbre. Por nuestra parte, entendemos que debe distinguirse la resolu- ción del órgano (acto unilateral del sujeto internacional colectivo) del comportamiento del Estado al votar o prestar su consenso al texto de la resolución, constituyendo este último, acto concluyente del sujeto interna- cional, conformativo de la práctica del mismo en determinada materia, de conformidad al principio de buena fe[9].

---

8 La teoría voluntarista hace surgir a la costumbre de la voluntad del Estado al que obliga (*i.a.* D. Anzilotti, A. Cavaglieri, Ch. Chaumont, K. Strupp, G.Tunkin, E. de Vattel). Las teorías no volun- taristas hacen devenir la fuerza obligatoria de la costumbre de hechos exteriores y superio- res a la voluntad de los sujetos comprometidos (*i.a.* R. Ago, J. Basdevant, L. Condorelli, H. Kel- sen, N. Quoc Dinh, G. Scelle) (Cf. SUR, S. "Sources du droit international", *Juris Classeur de Droit International*, Sources de Droit,T.1, Fasc. 13 (1°cahier) 3, 1988, p. 6). Algunos autores, para desechar la teoría voluntarista, han puesto el acento en la propia formulación del Art. 38, la que exige que los convenios sean expresamente reconocidos por el Estado involucrado, en tanto, para la costumbre, requiere la prueba de una práctica general. Además, recuerdan que en el caso de los nuevos Estados, los mismos están vinculados a la costumbre anterior sin posibilidades de pronunciamiento de su consenso o no. (*Confr*a. Assny,dJr., Bakotic, B., Vukas, B. *Medunarodno Pravo*, Skolska Knjiga,Vol. I, Zagreb, 1999, p. 15). Es de observar que con ante- rioridad al siglo XIX, la doctrina ha hecho referencia a la costumbre como "consentimiento" (consentimiento de todos y conformidad con la razón divina en Suárez; consentimiento y conformidad a la naturaleza en Bynkershoek; consentimiento de la mayoría y conformidad con la razón en Zouche; consentimiento de la mayoría en Grocio; consentimiento de todos en Martens). Desde el XIX a la fecha, no se hace más referencia al consentimiento, sino a la *opinio juris*, si bien en diferentes vertientes. (*Confr*. Stern, B. "Custom at the Heart of Interna- tional Law, *Mélanges offerts à Paul Reuter,* Pedone, Paris, 1981, p. 485).

[9] Por ejemplo, los países socialistas, que reiteradamente han rechazado la inclusión de princi-

Para la formación de la costumbre no se exige que la reiteración de la práctica sea puntualmente idéntica, ya que no resulta pensable la repetición de una situación fáctica exactamente idéntica a la anterior. Basta que en situaciones similares se adopten posiciones coherentes y compa- tibles con las precedentes. Los actos unilaterales, al igual que los acuerdos internacionales, frecuentemente, poseen un rol destacado en la formación de la costumbre, si bien, ésta los excede.

Quien invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos. Es el tribunal quien pondera la existencia de la *opinio juris* conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de la *opinio juris*, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la *opinio juris* es un seudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se hallan inextricablemente unidos[10]. La CIJ en el *Asunto del Golfo del Maine*[11] ha señalado que la *opinio juris* "se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica su- ficientemente asentada y convincente, y no por vía de la deducción, par- tiendo de ideas preconstituidas *a priori"*. De la motivación de la práctica, de la actitud de los sujetos al realizar los actos, se deriva la *opinio juris*. La *opinio juris* es la *ratio legis* de la práctica[12].

El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los com- portamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo: obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho)[13].

---

pios generales del derecho internacional, por entender que no podía haber entre socialistas y capitalistas principios comunes, explícitamente, los aceptaron en distintas oportunidades, *vg.:* la formulación del Art. 38 del ECIJ y su precedente ECPJI. Más aún, propugnaron su inclusión en ciertos casos, como es el de la *Declaración de Principios Reguladores de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su Subsuelo fuera de la Jurisdicción Nacional.* (*Res. 2749 (XXV),* de 17 de diciembre de 1970, adoptada por la *AG NU* por 108 votos, ninguno en contra y 14 abstenciones). (*Confr.*Valencia Restrepo, H. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica *Dike*, Medellín-Colombia, 2003, pp. 378-379).

10 *Vid*. Haggenmacher, P."La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *RGDIP*, 1986, p.5-125.

11 CIJ, *Recueil 1984*, p. 299.

12 *Confr*. SUR, S. *Op. Cit. "Sources de droit (...)"*, Fasc. 13, 2° cahier, p. 2.

13 La CIJ, en la sentencia de 20 de febrero de 1969, en el *Asunto relativo a la Plataforma Conti-*

Frecuentemente, se señalado que buena parte de los acuerdos ambientales multilaterales constituye *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, droit douce, droit vert, lege ferenda)*, de fuerza jurídica similar a las meras declaraciones o a las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulativa que legal. Sin embargo, ello no impide que estos actos enuncien o devengan normas consuetudinarias (*hard law, droit dur, droit mur, derecho en sentido estricto, lege lata)*[14].

El número de Estados Partes en una convención puede llevar a la costumización de sus preceptos de modo que se torne obligatoria para los Estados no Partes[15]. El Art. 38 de las *Convenciones de Viena* sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general reconocida como tal. El Art. 43 de las mismas convenciones dispone que "...la nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de la (...) Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán, en nada, el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado". Además, debemos tener en cuenta lo expresado por la CIJ en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta):*

nental del Mar del Norte, ha expresado: "Los actos (...) no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado, la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho (...). Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos bastan (...)" (CIJ, *Recueil 1969*, p. 44).

[14] Debe recordarse que, con relación a la Res. 2625 (XX) (*Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas)* de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el *Asunto de las Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragaua (Nicaragua/Estados Unidos de América),* ha manifestado que la misma debe ser entendida no como una mera reiteración de los contenidos de la Carta, sino como la aceptación de una serie de normas consuetudinarias declaradas en la propia resolución (CIJ, *Recueil 1986*, p. 99-101).

[15] La costumbre puede también ser derogatoria de normas convencionales o de otra norma consuetudinaria.

"Es axiomático, por supuesto, que el contenido material del derecho internacional consuetudinario debe ser visto primariamente a la luz de la práctica real y de la *opinio juris* de los Estados, incluso las convenciones multilaterales pueden tener un importante rol para grabar y definir reglas derivadas de la costumbre, o en su desarrollo"[16].

El alto número de Estados Partes de numerosos acuerdos ambientales multilaterales que disponen sobre principios generales del derecho internacional ambiental[17] lleva a cuestionarse sobre el valor jurídico de los mismos, más allá de que un Estado sea parte o no de él, es decir, como manifestación de norma consuetudinaria. Se podrá objetar que por alto que sea el número de Estados Partes en los acuerdos ambientales multilaterales, ese número no conforma una generalidad, la "comunidad internacional en su conjunto". Sin embargo, esta última expresión no se refiere a "todos" los miembros de la comunidad internacional, sino a los "componentes esenciales" de la misma, los que son representativos de todos los sectores de la comunidad internacional[18], más allá del valor de la oponibilidad según los casos.

Largamente se ha cuestionado en qué momento y cómo una práctica (elemento objetivo) resulta manifestativa de la convicción de obligatoriedad o *elemento subjetivo (opinio juris sive necessitatis)*, conformando una costumbre. El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo (obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho).

---

16 CIJ, *Recueil 1985*, pp. 29-30, para. 27.

17 A febrero de 2005, la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* cuenta con 189 Estados Partes (EP); su *Protocolo de Kyoto* con 136 ratificaciones que cubren el 61,6% de las emisiones; el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* posee 189 EP, su *Protocolo de Montreal* 188 EP, la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* 191 EP; el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* 188 EP; la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre* 167 EP, el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* .163 EP, etc

18 V*id.* nuestro trabajo "Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General *(Jus Cogens)*.

Si bien, los sujetos internacionales pueden impedir bajo ciertas condiciones la formación de una norma consuetudinaria general a través de la manifestación persistente de su oposición a la misma (*regla del objetor persistente*). No obstante, no resulta admisible la sustracción unilateral a una norma consuetudinaria general establecida. La CIJ, en sentencia de 20 de febrero de 1969, en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte* ha señalado que:

> ...las obligaciones de derecho internacional o consuetudinario (...) no pueden (...) estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio (...)"[19]. La CIJ, en la misma sentencia, ha expresado:"Los actos (...) no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado con la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho...[20].

En lo que hace a la *condición jerárquica* de la costumbre con relación a otras fuentes, se ha señalado que la costumbre es superior a los *tratados* e independiente de ellos, ya que las mismas convenciones suelen reconocer que tienen la costumbre en su base y que para las cuestiones no regladas en los convenios, ella subsiste.Tal el caso de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, las que establecen en su parte preambular que las normas de derecho internacional consue- tudinario continuarán rigiendo las cuestiones no regladas en las disposicio- nes de la Convención"[21]. Recordamos lo señalado *supra* con relación a na-

---

Dimensión Sustancial", en Drnas-Lerner (Ed.) *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, 2002, pp. 665-666. Si bien, el trabajo a que hacemos referencia se refiere al *jus cogens*, la clasificación entre acuerdos o normas generales y particulares no es privativa de ese tipo de normas.

[19] CIJ, *Recueil 1969*, pp. 39-40.

[20] CIJ, *Recueil 1969*, p. 44.

[21] Similar disposición contienen, entre otros acuerdos internacionales, en sus partes preambulares, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Naciones Unidas Sobre el Dere- cho del Mar de 1982, etc.

da impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligato- ria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho inter- nacional y a que la nulidad, terminación, suspensión o denuncia de un tra- tado no menoscaban el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho in- ternacional independientemente de ese tratado[22].

III | Principio de precaución

La primera aplicación del principio cautelar se estima que fue la disposición gubernamental londinense de quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad (Saint James-Londres), a recomendación del médico-investigador John Snow (1854), por relacionar (sin probar relación causal) el alto número de contagiados por el cólera (500 muertos en 10 días) en un área definida de la ciudad con la calidad del agua potable de la bomba ubicada en el sector. Snow hizo presente que el costo potencial de estar equivocado al removerla era menor que el de ignorar la duda.

[22] Particularmente, es destacable el rol asignado a la norma consuetudinaria de *jus cogens*, norma imperativa de derecho internacional general, la que se halla en la cúspide del sistema normativo nacional e internacional en base a su contenido. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en sus Arts. 53 y 64, disponen la nulidad y terminación de todos los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. Así, la costumbre conserva el poder de extinguir un tratado. A su vez, el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilí- citos (2001) establece en su Art. 26 que: "…ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general *(jus cogens)*". En los Proyectos de la CDI, aprobados en 1980 y en 1996, a estas violaciones se las consideraba "crímenes". Quintiliano Saldaña, ya en el curso de 1925 de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, había señalado que "desde el punto de vista filosófico el crimen internacional es un *delito natural universal* ("La justice pénale internationale", *RCADIH*, 1925-V, p. 188). Destacamos esta frase por su referencia a "natural" ya que, tal como lo observáramos en otros trabajos, todas las normas imperativas de derecho internacional general con reconocimiento como tales

La diferencia sustancial entre el principio de precaución y el de prevención radica en la certeza del riesgo que importa determinada ac- ción u omisión. La precaución constituye un comportamiento de “buen gobierno”, en principio, de carácter voluntario, llevado adelante en ejerci- cio del derecho del soberanía e imperio de un Estado u otro sujeto de derecho, el que, en su gestión, ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa para el medio ambiente, prefiere limitarla o prohibirla[23], privi- legiando las seguridades de lo conocido. A diferencia de la precaución, la prevención (“diligencia debida”[24]), es un deber de los Estados, verdadero eje de articulación entre el lícito y el ilícito internacional, dada la certeza del riesgo que ciertas actividades importan[25]. En expresión resumida, po- demos afirmar que la precaución basa su acción en el riesgo dudoso en tanto la prevención en el riesgo cierto (daño dudoso).



por la comunidad internacional en su conjunto, tienen base natural individual (genocido, cri- men de lesa humanidad, crimen de guerra) o colectiva (crimen de agresión), atentando con- tra las bases mismas de la comunidad internacional (su individuo o su comunidad-sociedad).

[23] Medida que se puede adoptar con relación a una actividad nueva o ya establecida.

[24] Obligación de vigilancia y adopción de previsiones con relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios a ter- ceros. Las medidas a adoptar deben poseer una intensidad acorde a las fuerzas en juego.

[25] En el plano internacional, relevante jurisprudencia define la diligencia debida (prevención) y los estándares de comportamiento mínimo internacionalmente exigibles (base constitucio- nal y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales o “dere- cho interno internacionalmente indispensable”).Vid. al respecto, la sentencia arbitral de Max Huber en el Asunto relativo a los *Buques Alabama y Florida* (1872); los dictámenes de la CPJI en los Asuntos relativos al *Trato de los Nacionales Polacos* (1932) y a las *Zonas Francas* (1932); el pronunciamiento de la Comisión General de Reclamaciones (EE.UU.-Panamá) en el *Caso Noyes* (1938); la sentencia de 11 de marzo de 1941 del Tribunal Arbitral Mixto en el *Asunto Relativo a la Fundición de Trail*; la sentencia de 9 de abril de 1949 (cuestión de fondo) de la CIJ, en el *Asunto Relativo al Canal de Corfú*; la sentencia de 24 de mayo de 1980 de la CIJ, en el *Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*; la senten- cia de 27 de septiembre de 1997 de la CIJ en el *Asunto Gabcikovo-Nagymaros*. (Vid. nuestros trabajos “La Diligencia Debida como Eje de Articulación entre la Responsabilidad por Ilícito Internacional y la Responsabilidad por Actos no Prohibidos en Derecho Internacional”, en *Cuadernos de Federalismo* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cór-

doba, Nº XI, 1997; “Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el

En el caso del principio de precaución, decimos que el comportamiento del sujeto internacional no responde a la idea "diligencia debida", sino a la idea de "buen gobierno", por tratarse de una gestión que se adelanta a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, decide limitarla (aun a riesgo de equivocación) para asegurarse de no dar lugar a un eventual daño. No se puede hablar de "obligación" de obrar del sujeto internacional, ya que no existen certezas en torno al riesgo de la acción emprendida o a emprender. Sin embargo, sí existe la obligación de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo. Caso contrario, en caso de daño se habría producido delito de imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la "custodia" de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles. Bien señalan numerosos documentos internacionales que la aplicación de la cautela es un "deber"[26], con lo que su no observancia implica violación de norma jurídica, violación de una obligación de comportamiento: tomar debida previsión de los potenciales riesgos y las potenciales consecuencias de los actos. Debe tenerse en cuenta que, de producirse un daño como consecuencia de la falta de cautela, ese daño no será una mera privación de una ventaja o beneficio esperado, sino un perjuicio al medio ambiente, entorno vital insustituible y frecuentemente no reparable en su integridad.

Al señalar que la aplicación del principio de precaución constituye un acto de política interna, indicamos que es una decisión libre, por la cual un Estado o entidad internacional, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina el grado de nivel de protección ambiental a regir en el ámbito bajo su jurisdicción. Cuando decide un nivel alto, frecuentemente priva a ciertos interesados de algún beneficio esperado. La aplicación del PP es una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. Ello, tiene una doble faz: a) al limitar las activida- des en invocación de la aplicación del PP; b) al minimizar la potencialidad del riesgo, dando lugar a que un daño se produzca; daño que, de haberse aplicado el PP, no hubiese tenido lugar.

Sistema Internacional y en el Interamericano", en *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001;"El Principio de Precaución" en *Humanismo Ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, El Copista, Córdoba, 2002).

[26] *Vid. infra* las disposiciones de los tratados y los instrumentos internacionales ambientales.

El hecho que la decisión de adoptar una medida preventiva sea un acto libre, voluntario de un sujeto internacional, no quiere decir que pueda ser arbitrario, desproporcionado, inconsistente, discriminatorio o poco transparente. Sin embargo, así como se exige que el PP sea fundado en bases científicas para ser impuesto, también, la falta de aplicación de medida precautoria debe ser fundada en las fuentes científicas disponibles para no dar lugar a la atribución de imprudencia por falta de cautela al desdeñar con ligereza la posibilidad de riesgo.

A diferencia del principio de prevención que puede tener aplicaciones *ex ante* y *ex post* en relación a la producción del hecho dañoso, las medidas precautorias siempre son *ex ante* en tanto responden a las pre- visiones frente a un potencial riesgo de producción de hechos lesivos, an- tes de contar con evidencias científicas concluyentes, indubitables, con re- lación a la peligrosidad o no de las actividades[27].

El PP se aplica en ejercicio de convicciones de razonabilidad sustentada en datos científicos[28], no en base a temores irracionales o percepciones tremendistas, sin sustento en criterios objetivos suficientes. Ello requiere una equilibrada y prudencial percepción del principio. Los criterios de razonabilidad científica suficiente responden a la mejor información pertinente[29]. Esa exigencia de razonabilidad requiere al decisor revisar las medidas cautelares a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos, no debiendo alegarse limitaciones económicas para justificar demoras en la evaluación de la actividad propuesta o en la revisión de las medidas adoptadas en aplicación del PP. Tampoco cabe alegar razones económicas para justificar la no aplicación de la cautela frente a las invocaciones fundadas de posibles riesgos.

La falta de certeza sobre el riesgo que una actividad puede en- trañar[30] no debe surgir de la falta de disposición para agotar los medios de conocimiento científico existentes.

---

[27] *Vid.* nuestro trabajo “El Principio de Prevención”, en Rey Caro, R. J. *et al. Derecho Ambiental. Nuevas Tendencias,* Ed. Lerner, Córdoba, 1998.

[28] *Vid*. Sands, PH. “L’ Affaire des Essais Nucléaires II (Nouvelle-Zelande c. France): Contribution de l’ Instance au Droit International de l’ Environnement”, *RGDIP*, 1997-2.

[29] El peligro debe ser identificado a través de los elementos objetivos, *vg.* biológicos, químicos o físicos aptos para causar daño, debiendo ser caracterizados éstos tanto en términos cuantitativos como cualitativos en base a la naturaleza y severidad de los posibles efectos.

[30] Generalmente, la falta de certeza científica surge de diferencias científico-metodológicas,

Precisamente, dada la velocidad de los progresos científicos es que, en el eje mismo del PP, se halla la provisionalidad de las medidas precautorias, las que deben ser revisadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos.

Es de tener en cuenta que, en el caso del PP, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente esta inversión de la carga de la prueba ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico[31].

Las medidas aplicadas deben ser proporcionadas y coherentes con el grado de riesgo elegido por un Estado para las actividades bajo su jurisdicción. Caso contrario, la medida importaría discriminación con relación a la actividad limitada o prohibida o con relación al interesado en la actividad. En ningún caso las medidas precautorias pueden constituirse en forma encubierta de proteccionismo (una forma de discriminación). A su vez, frente al riesgo dudoso, tanto para la acción como para la omisión, se exige el ago- tamiento razonable de los medios para alcanzar la certidumbre.

El PP en tratados y otros instrumentos internacionales

En el plano internacional, los primeros documentos que han considerado el comportamiento precautorio han sido: la *Carta Mundial de la Naturaleza*[32] y las *Conferencias sobre Protección del Mar del Norte*[33]-[34]. Numerosos otros instrumentos internacionales, de modo expreso o tácito, se han ocupado del PP. Entre ellos se destacan:

---

entre ellas, la variable elegida, las mediciones efectuadas, la representación de las muestras, los modelos usados, las relaciones de causalidad efectuadas.

31 *Vid*C. S.uRn. "sBteeinyo, nd the Precautionary Principle", *Usitnyveorf Pennsylvania Law Review* , Vol. 151, N°3, January, 2003, pp. 1011-1025.También se ha afirmado que el principio es dema- siado vago para servir como standard regulatorio.Vid. Bodansky, D."Scientific Uncertenty and the precautionary Principle", *Environment*, 1991, N° 33, pp 4-5, 43-44.

32 *AG NU Res. 37/7,* de 28 de octubre de 1982. Este documento establece que "...cuando potenciales efectos adversos no son plenamente comprendidos, las actividades no deberían proceder".

33 La *Primera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte* (1984), ha expresado con relación a los vertidos de desechos químicos en los océanos, que: "Los Estados no deben esperar a tener pruebas de los efectos peligrosos para tomar acción (...)". Si bien, no ha empleado la

•El *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1985), el que si bien no utiliza la palabra precaución en la parte normativa ni establece reglas precisas autoejecutorias, es un ejemplo claro de compromiso internacional con base al principio precautorio en tanto, a la fecha de adopción del Convenio no había base científica suficiente que avalara las teorías sobre los riesgos que implicaban los cambios en la capa de ozono[35]. A pesar de lo señalado, el Preámbulo hace referencia al "impacto *potencialmente* nocivo de la modificación de la capa de ozono" y a "las medidas de precaución" que ya han sido adoptadas en el ámbito nacional e internacional. Además, el Art. 2.1 está imbuido del espíritu de cau- tela: "Las Partes tomarán las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos en vigor en que sean parte, para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades hu- manas que modifiquen o *puedan modificar* la capa de ozono"[36]-[37].

palabra "precaución", la misma se halla implícita en la manifestación. La *Segunda Conferencia* (1987) incorporó el término "precaución" en los siguientes términos: "En orden a proteger el Mar del Norte de posibles efectos dañosos de numerosas sustancias peligrosas (…) se hace necesario un acercamiento preventivo, el que puede requerir acción consistente en el control de los vertidos de tales sustancias incluso antes de que el lazo causal haya sido establecido por una absolutamente clara evidencia científica". La *Tercera Conferencia* (1990) hizo referencia al "principio de precaución": "Los participantes (...) *continuarán* aplicando el principio precautorio, consistente en adoptar medidas para evitar impactos potencialmente perjudiciales de las sustancias que son persistentes, tóxicas y bioacumulables, incluso cuando no haya evidencia científica para probar una relación causal entre las emisiones y los efectos". (El resaltado nos pertenece).

34 La primera inclusión jurídica del contenido preceptual de la precaución a nivel nacional ha sido la incorporada en Alemania con la designación de "Vorsorgeprinzip" en el *Umweltsprogram der Bundesregierung* (1971) y en la *Bundesimmissionsschutzgesetz* (1976) (§5, para. 1, n° 2). Posteriormente, numerosos Estados han incorporado al PP a su derecho interno, entre ellos, Australia, Canadá, Islandia, Nueva Zelanda, Sud África, Israel, etc.

35 *Vid*. nuestro trabajo *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales*, La Ley, Córdoba, 2001.

36 El resaltado nos pertenece.

37 El *Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono* (1987), en su preámbulo, tras recordar la obligación ya enunciada en el Art. 2.1 del Convenio de Viena,

•La *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992), expresa: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados *deberán* aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente"[38].

•La *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992) dispone en su Art. 3.3:

> Las Partes deberán tomar medidas de precaución para prever o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuan- do haya amenazas de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, to- mando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio cli- mático deberán ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar bene- ficios mundiales al menor costo posible. A tal fin esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser inte- grales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos...".

•La *Convención sobre la Diversidad Biológica* (1992), en parte preambular, expresa: "(C)uando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza".

•El *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2000), en su preámbulo, reafirma el "enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo" y toma en consideración la "rápida expansión de la biotecnología moderna y de la creciente preocupación pública sobre sus *posibles efectos adversos* para la diversidad biológica"[39].

---

hace referencia a la "*posibilidad* de que la emisión de ciertas sustancias (...) pueda agotar (...) la capa de ozono y modificarla, con *posibles* efectos nocivos en la salud y el medio ambiente". (Los resaltados nos pertenecen).

[38] El resaltado nos pertenece.

[39] El resaltado nos pertenece.

Entre numerosos otros documentos que han contemplado el principio de precaución, el enfoque precautorio o la acción precautoria en forma directa, podemos recordar los siguientes: a) *Informe del Consejo de Gobierno del PNUMA de 1989*[40]*;* b) *Recomendación 89/1* (22 de junio de 1989) de los Estados Partes en la *Convención de París para la Prevención de la Contaminación Marina por Fuentes Continentales*; c) *Declaración de la Conferencia sobre Polución de los Mares del Consejo Nórdico (18 de octubre de 1989);* d) *Texto sobre Protección de los Océanos de la Conferencia de Na- ciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (1991)[41]*;* e) *Declaración Ministe- rial de Bergen sobre el Desarrollo Durable de la Región* o(16dede may 1990)[42]; f) *Recomendación C(90)164 del Consejo de la OCDE sobre Preven- ción y Control Integrado contra la Polución de 1991;* g) *Convención de Bama- ko sobre Desechos Peligrosos en África de 1991* (Art.4); h) *Convención sobre el Noreste Atlántico de 1992* (Art. 2), i) *Convención sobre Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales de 1992* (Art. 2), j) *Convención sobre la Protección del Medio Marino en el Mar Báltico de 1992* (Art. 3.3); k) *Convención de Oslo y París para la Protección del Medio Marino en el Noreste Atlántico de 1992* (Art. 3); *Agenda 21 de 1992 (pa- ra.17.21);* l) *Declaración Ministerial sobre la Protección del Mar Negro (*1993);
**Convención sobre la Conservación y Administración de los Recursos en el Mar de Bering Central de 1994* (teAnl ebx);o Par m) *Convención de Barce- lona para la Protección de Medio Marino y de las Regiones Costeras del Me- diterráneo de 1995* (Art. 3); n) *Acuerdo para la Implementación de las Dis- posiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativo a la Conservación y Manejo de las Espe- cies Transzonales y Altamente Migratorias de 1995* (Art. 5. c), Art. 6); ñ) *Pro- tocolo a la Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertido de Desechos y otras Materias de 1996* (Art. 3.1); o) *Có- digo de Conducta de Pesca Responsable de la FAO* (1995)*;* p) *Acuerdo Mar-*

---

40 UN DOC A44/25 (1989).

41 UN DOC A/CONF.151/PC/100 Add.21 (1991).

42 También el ámbito comunitario europeo, se dispuso la cautela con relación al tratamiento de las aguas residuales urbanas, con relación a la política pesquera, a la seguridad alimentaria, a la registración, evaluación, autorización de productos químicos, etc. Ello, a más de haberse incorporado al PP al tratado constitutivo de la Comunidad Europea (juntamente con el

de prevención) ya en 1986 (Acta Única Europea).

co para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en el Alta Mar del Pacífico Sur- Acuerdo de Galápagos de 2000 (Art. 5); q) *Convención sobre la Conservación y Manejo de las Especies Altamente Migratorias en el Océano Pacífico Oeste y Central de 2000* (Art.5 y 6); r) *Comunicación sobre el Principio de Precaución de la Comisión de la UE (2 de febrero de 2000*); s) *Convención sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Pesqueros en el Atlántico Sur de 2001*(párrafo quinto del preámbulo); etc.[43].

Más allá de que en los instrumentos citados se haga referencia a "política precautoria", "enfoque precautorio", "criterio precautorio", principio de precaución" u otra expresión, aspecto sobre el que la doctrina ha buscado profundizar, entendemos que la designación no afecta la costumización del "acto cautelar". Bien se ha expresado la *Tercera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte* de hacer referencia a la "continuación" de la aplicación del "principio precautorio", a pesar de no haber usado en los documentos de la Primera Conferencia la palabra "precaución" (menos a "principio de precaución") y en la Segunda Conferencia haber empleado la locución "enfoque preventivo".

Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de PP

La jurisprudencia internacional más destacada con relación al PP se centra en los siguientes casos: *Pruebas Nucleares* (Corte Internacional de Justicia, 1995), *Gabcikovo-Nagymaros* (Corte Internacional de Justicia, 1997), *Bifes con Hormonas* (OMC Órgano de Apelación, 1997), *Productos Agrícolas* (OMC Órgano de Apelación, 1998), *Southern Bluefin Tuna* (Tribunal Internacional de Derecho del Mar, 1999), a más de algunos casos ventilados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el asunto *Pruebas Nucleares,* Nueva Zelanda invocó la obligación de Francia de proveer evidencia de que las pruebas nucleares subterráneas no implicaban la introducción de tales materiales en el medio ambiente, de conformidad al PP, "principio ampliamente aplicado en el derecho internacional contemporáneo"[44]. El Juez Palmer, en opinión disi-

[43] Vid. nuestro trabajo "Environmental Precautionary Principle (Particular Reference to Law of the Sea)", Annals of Maritime Studies, 2004-42.

[44] Sentencia de 22 de septiembre de 1995, en el asunto Solicitud de Examinación de la Situación de Conformidad con el Párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de diciembre de 1974 en Pruebas Nucleares, CIJ, Recueil 1995.

dente, señaló que tanto el PP, como el requerimiento de evaluación de impacto ambiental debían ser llevados adelante "cuando las actividades pueden tener un efecto significativo en el medio ambiente". Por su parte, el Juez Weeramantry, también en opinión disidente, consideró que el PP se estaba convirtiendo en "parte del derecho internacional del medio ambiente". Ambos jueces han asignado un valor de norma consuetudinaria al principio.

En el asunto *Gabcikovo-Nagymaros,* en sentencia de 25 de septiembre de 1997[45], la Corte Internacional de Justicia, recordó en el párr. 50 lo expresado en la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la Amena- za o el Uso de Armas Nucleares*[46]con relación a que "el medio ambiente no es una abstracción" y que existe la "obligación general de los Estados" de *asegurarse* que las actividades llevadas adelante bajo su jurisdicción y con- trol no causen perjuicio más allá de sus fronteras[47]. En el párr. 113, la sen- tencia expresó que la Corte "reconocía que ambas partes eran contestes en la necesidad de considerar las cuestiones ambientales con seriedad y de adoptar las medidas precautorias convenientes (...)". En el párr. 140, hi- zo presente que causas económicas y otras constantemente interfieren con la naturaleza y señaló que "la necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente es bien expresada en el concepto de desarrollo sustentable".

El Órgano de Apelación de la OMC en el *Asunto Hormonas* reconoció que los Miembros "tienen derecho a establecer su propio nivel de protección sanitaria, el que puede ser superior (*i.a.* más cautelar) que el contenido en los estándares, directrices y recomendaciones internacionales"[48].

El Órgano de Apelación de la OMC en el *Asunto Productos Agrícolas* clarificó los requerimientos necesarios para adoptar y mantener medidas provisionales cautelares. Entre ellas, señaló que las medidas debían ser: a) impuestas en situaciones en que la información científica es insuficiente; b) adoptadas sobre la base de la información pertinente disponible; c) establecidas caso por caso por tiempo razonable[49].

---

[45] ICJ, Recueil1997.

[46] CIJ, Recueil 1996, pp. 241-242, párr. 29.

[47] Esta manifestación amplia abarca el riesgo dudoso.

[48] OA-1997-4, párr. 124.

[49] OA-1998-8, párr. 89.

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el *Asunto Souther Bluefina Tuna (Solicitud de Medidas Provisionales)*, en ordenanza de 27 de agosto de 1999, ha hecho lugar al pedido de medidas provisionales precautorias efectuado por Nueva Zelanda y Australia. Ambos países solicitaron al Tribunal ordenar el cese inmediato de la pesca experimental unilateral del atún de referencia por parte de Japón, "de conformidad al principio precautorio". El Tribunal ha señalado en el párr. 77 que "las partes debían actuar con prudencia y cautela para asegurar la adopción de efectivas medidas de conservación para prevenir un serio daño a los *stocks* del atún. Asimismo, efectuó consideraciones sobre la falta de certidumbre científica en lo que hace a medidas de conservación del stock, como también en lo que hace a la falta de convenio en la materia (párr. 79). A pesar de no poder evaluar la evidencia científica aportada por las partes, la Corte decidió adoptar las medidas provisionales como cuestión de urgencia para preservar los derechos de las partes y evitar mayor de- terioro al stock de atún (párr. 80). Las opiniones separadas del Juez Laing y del Juez *adhoc* Shearer señalan que los párrafos citados precedente- mente tienen significación particular e implican la aplicación del principio precautorio, aun cuando el Tribunal no hubiese tenido necesidad de citar- lo expresamente. Además, el Juez Shearer ha entendido que en base a la práctica y la *opinio juris* hay bases suficientes para considerar que el PP se ha transformado en norma consuetudinaria bien establecida (párr. 12 y párr. 8 respectivamente).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido oportunidad de considerar al PP de precaución, en varias oportunidades, *vg.:* En el caso *Danish Bees,* en el cual ha considerado que, en ausencia de evidencia científica, las medidas de preservación de una especie animal autóctona contribuían al mantenimiento de la biodiversidad (C-67/97 (1998)). En el caso de *Productos modificados genéticamente*, sostuvo que los Estados Miembros poseen el derecho de denegar permiso a la introducción de alimentos genéticamente modificados (C-6/99 (2000)) . En los casos C-157/96 y C-180/96 (sentencias de 5 de mayo de 1998 relativas a la enfermedad de las vacas locas) el Tribunal ha señalado: "Cuando hay incertidumbre sobre la existencia o extensión de los riesgos sobre la sa- lud humana, las instituciones pueden adoptar las medidas protectivas que crean convenientes sin tener que esperar a que la realidad o seriedad de esos riesgos se vuelva puramente aparente" (Fundamentos: p. 99). En si- milar sentido se pronunció en los asuntos T-199/96 del Tribunal de Prime-

ra Instancia (cremas solares y productos bronceadores, sentencia de 16 de julio de 1998);T-70/99 (transferencia de la resistencia a los antibióticos del animal al hombre-ordenanza de 30 de junio de 1999).

El "principio de proporcionalidad", que debe acompañar a la "pre- caución", implica la necesidad de verificar si los medios elegidos (limitacio- nes a la actividad presuntamente riesgosa) son adecuados a la realización del objetivo pretendido y si no ha habido exceso en la relación medio-fin *(Asunto C-183/95, Affish BV/ Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, sen- tencia del *TJCE* de 17 de junio de 1997). El "principio de proporcionali- dad", a más de requerir que las medidas no vayan más allá de lo necesa- rio para lograr el fin pretendido, exige que esas medidas siempre sean consideradas como presunciones *juris tantum* que admiten prueba en contrario *(Asunto C-286/94, C-401/95, C-47/96. Garage Molenheide BVBA y otros/Belgische Staat*, sentencia del *TJCE* de 18 de diciembre de 1997).

IV | Reflexiones finales

En todos los instrumentos internacionales que hemos considera- do y que incluyen el PP, resulta evidente que las partes no han puesto de manifiesto intereses o conveniencias particulares, sino un interés común, superior, cuyo desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.

El carácter general de ese interés común se ve potencializado por el alto número de EP[50] con que cuentan los principales acuerdos ambien- tales multilaterales que contemplan el PP y que llevan a la costumización de las normas convencionales.

Si bien, el principio de precaución ha sido considerado por algu- nos –predominantemente desde el plano de incumbencias particulares- un elemento paralizante, meramente intuitivo, acientífico, entendemos que se trata de un principio eje para la realización del desarrollo sosteni- ble, durable, con responsabilidad intergeneracional, que impone el accio-

[50] Especialmente, si se tiene en cuenta que las Naciones Unidas cuentan con 191 Estados

Miembros.

nar criterioso, el que desde la "certeza de la incertidumbre", prefiere postergar beneficios y no correr el riesgo de un eventual daño al medio am- biente. Esta postura cautelar se torna cada vez más necesaria frente a la vulnerabilidad del planeta, vulnerabilidad creciente puesta en evidencia por las cada vez más frecuentes y graves catástrofes naturales que se su- fren en el planeta.

A pesar de que la condición jurídica del PP aún carece de consenso pleno, no es posible negar que existe una obligación de comportamiento para los Estados de naturaleza *erga omnes*: estar permanentemente alerta frente al peligro que implica desdeñar los potenciales riesgos de determinadas actividades.

Derecho Internacional Público

A doutrina Bush das guerras preventivas e o Sistema das Nações Unidas

Fredys Orlando Sorto

1 | Introdução

Cumpre-me, antes de mais nada, manifestar a honra que significa para mim poder participar com estas modestas reflexões da homenagem ao estimado internacionalista Doutor *Carlos Febres Pobeda*, a quem tive a grata satisfação de conhecer pessoalmente em Quito, em 2004, no Congresso do IHLADI. O tema escolhido parece-me de grande atualidade, o qual passo a examinar de imediato.

Causa desalento observar as mudanças ocorridas dentro e fora dos Estados Unidos, depois que o presidente George W. Bush ascendeu ao poder; e sobretudo depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Custa mesmo acreditar que um Estado que foi responsável pela mais bem sucedida racionalização do poder interno e pela sua imensa contribuição para a instituição do sistema internacional do pós-guerra seja capaz de arruinar essas contribuições em tão pouco tempo.

Procura-se demonstrar neste texto que a visão (pessimista) que os fundadores dos Estados Unidos tinham a respeito da natureza humana é incompatível com a visão (otimista) da corrente teórica neoconserva- dora de sustentação do governo Bush. Assim sendo, a denominada *Dou- trina Bush* –com a sua estratégia de *guerra preventiva*- tem pilares de sus- tentação baseados num otimismo exagerado (da excelência do regime político, das virtudes da sociedade e da capacidade invencível dos Estados Unidos) que se chocam com os ideais que fizeram a grandeza desse país e com os interesses da sociedade internacional e de seu sistema jurídico.

II | Estados Unidos e teoría da natureza humana

Recorde-se que os modelos de governo e de Estado concebidos nos Estados Unidos no século XVIII tornaram-se fontes de inspiração por toda a parte. As contribuições norte-americanas são dignas de nota: instituíram a forma republicana de governo, o sistema presidencialista, a democracia representativa e o Estado Federal. Todas essas contribuições modelares são iluminadas por uma interessantíssima teoria da natureza humana, exposta com grande apuro num célebre documento de defesa da Constituição (*O Federalista*), publicado sob o pseudônimo de *Publius*[1].

Os fundadores dos Estados Unidos deixaram lições imorredouras em O Federalista (*The Federalist Papers*), o qual impressiona pelo pragmatismo, materializado na simplicidade e essencialidade da Constituição Federal. A natureza humana não poderia ter dado maior exemplo de autoconhecimento e de inteligência. Essa arquitetura político-jurídica do federalismo só é um modelo de excelência porque seus notáveis autores souberam interpretar e modelar um governo essencialmente humano.

A linha adotada pelos Federalistas possui um caráter pragmático e imediatista. Questões meramente teóricas, como a origem do governo ou da sociedade civil, não foram discutidas. Eles partiram, realmente, do fato de já existir uma sociedade instituída, mas fracionada, que precisava ser aperfeiçoada e consolidada, mediante a criação de um bom governo. E qual seria esse bom governo, caberia indagar. Seria, dada a natureza do ser humano, o melhor governo possível, diria Madison[2], um dos autores de *O Federalista*. (Sorto, 1996, p. 142).

---

[1] *O Federalista* foi escrito por Alexander Hamilton (1757-1804), delegado por Nova Iorque à Convenção, por James Madison (1751-1836), delegado por Virgínia, e por John Jay (1745-1829). Estes autores, sob o pseudônimo coletivo de *Publius*l,icpaurbam O Federalista, entre 27 de outubro de 1787 e 4 de abril de 1788, numa série de oitenta e cinco artigos nos jornais de Nova Iorque. Esses ensaios de teoria política, precursores do federalismo, tinham por objetivo a defesa da ratificação da Constituição de 1787 pelo importante Estado de Nova Iorque. Pois, segundo estipula o Art. VII, havia a necessidade de 9, dentre os 13 Estados, ratificarem o texto constitucional.

[2] James Madison nasceu em Port Conway, Estado da Virgínia, em 16 de março de 1751 e mo- rreu e Montpellier,Virgínia, em 28 de junho de 1836. Foi defensor de um governo central for- te e um dos fundadores do Partido Republicano. Foi membro da Câmara dos Deputados

O caráter excepcional do Estado que está sendo instituído aparece claramente nas primeiras linhas de *O Federalista*. Hamilton, deixa patente que eles têm consciência de que não estão criando qualquer tipo de república ou de Estado; os fundadores estão convencidos de que estão fundando um *império*, o qual é, diz sem modéstia esse autor, do "maior interesse do mundo". Um império com um poder central forte que propõe a descentralização do poder político como regra de funcionamento. Cumprido o vaticínio imperial, é lícito observar, resta aos outros membros da sociedade internacional, que não nasceram impérios, serem simples- mente Estados "soberanos" resguardados por uma ordem jurídica em tensão permanente com situações antijurídicas.

Os constituintes norte-americanos, imbuídos com essa idéia de grandiosidade imperial, resolveram o problema do governo mais apropriado às dimensões do país. Em sete artigos, eles solucionaram o que para Montesquieu estaria fadado ao despotismo. Esse modelo constitucional vigora até hoje em virtude da sua notável excelência e do profundo conhecimento que seus fundadores tinham da alma humana. Contudo, o modelo não nasce pelo vício fácil da imposição, da aplicação da força; nasce sim, da negociação, da prevalência do convencimento dos interessados, do pragmatismo[3]. O ponto de discrepância está em que esse espírito que norteou a construção desse modelo não se estende ao plano internacional.

É impossível dissociar o tema da natureza humana do tema das facções. Ambos estão interligados e são recorrentes em *O Federalista.* No que tange ao primeiro, ele aparece ao largo da discussão das matérias mais relevantes, que vão desde as ameaças advindas do exterior até a es-

---

(1789-1797), Secretário de Estado no governo Jefferson (1801-1809) e o quarto Presidente dos Estados Unidos (1809-1817).

[3] A ratificação da Constituição dos Estados Unidos foi feita pelos Estados nas seguintes datas: Delaware, em 7 de dezembro de 1787; Pensilvânia, em 12 de dezembro de 1787; Nova Jersey, em 18 de dezembro de 1787; Georgia, em 2 de janeiro de 1788; Connecticut, em 9 de janeiro de 1788; Massachusetts, em 6 de fevereiro de 1788; Maryland, em 26 de abril de 1788; Carolina do Sul, em 23 de maio de 1788; New Hampshire, em 21 de junho de 1788; Virgínia, em 25 de junho de 1788; Nova Iorque, em 26 de junho de 1788; Carolina do Norte, em 21 de novembro de 1789; Rhode Island, em 29 de maio de 1790.

Vale aqui observar que a Constituição dos Estados Unidos tem trajetória *sui generis* porque passa de tratado a lei interna. Parece lícito observar que a Constituição foi negociada por

trutura e o funcionamento do governo proposto. Os autores consideram com freqüência essa concepção *pessimista*, ou antes realista, da natureza humana. Madison, por exemplo, afirma que as causas latentes das facções estão contidas na natureza do próprio homem (1984, p. 149), não são, por conseguinte, uma invenção dos governos.

Hamilton retoma o assunto da natureza humana com uma insti- gante pergunta, a saber: "Afinal, por que foram instituídos os governos?". A resposta causa certo desconforto, porque, segundo ele, os governos fo- ram instituídos: "Por que as paixões humanas não se conformam com os ditames da razão e da justiça, sem que a tanto sejam forçadas" (1984, p. 184). Aparentemente, Hamilton, em virtude da natureza humana, reduz o ato de governar ao mero exercício coercitivo do Estado, entretanto, sua intenção, ao conceber o ato de governar neste sentido, parece ter como horizonte não só um poder que faça valer as normas, porém, principal- mente, um super poder que subordine outros poderes (Estados) e facçõ- es, não apenas pelo uso da força, mas pelo respeito e pelo temor que ele inspira.

Madison discorre e explora com bastante profundidade esse en- trelaçamento entre natureza humana e facções. Ele define facção como um grupo de pessoas que atuam "sob impulsos comuns de paixão ou de interesses, contrários aos direitos de outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade" (1984, p. 148). Sendo as facçõ- es próprias da natureza humana, como afirma esse autor, resta o contro- le dos seus efeitos, mediante a aplicação de remédio apropriado. Se antes a indagação de Hamilton referia-se à instrumentalidade do governo, o ponto agora é quanto à essência mesma desse governo, as palavras de Madison nessa direção são magistrais: "Mas afinal, o que é o próprio go- verno senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os ho- mens fossem anjos, não seria necessário haver governos" (1984, p. 418). Logo, o poder tem a função de alavancar o controle dos desvios median- te a aplicação de normas de conduta. Obviamente, se os homens fossem

plenipotenciários de entes soberanos e posteriormente ratificada pelos Estados, nesse sen- tido a Constituição é um tratado nos termos do art. 2.º § 1.º, alínea *a* da Convenção de Vie- na sobre Direito dos Tratados. Os Estados signatários, naturalmente, perdem a condição de soberanos na medida em que ratificam o texto constitucional, o qual, uma vez ratificado, pas- sa a ser efetivamente direito interno.

anjos não só prescindiriam do governante como também de qualquer regra de conduta. “Se os homens fossem governados por anjos”, continua Medison, “dispensar-se-iam os controles internos e externos”. O ponto é que tanto governante quanto governados têm a mesma natureza, ambos precisam assim de controle. Em vista disso, a autoridade não deve residir jamais em uma única pessoa, sendo que toda autoridade fundada por poder legítimo deve estar limitada normativamente. Não seria demais estender essa idéia ao plano internacional.

A compreensão do ser humano e das suas limitações constitui grande passo no tratamento que é dado pelos Federalistas à questão da racionalização do poder. A implementação de idéias políticas com notável pragmatismo marcam fundo a construção do Estado de Direito.

A defesa, feita por Publius, denota exatamente a preocupação em aplicar um limite ao poder mediante o próprio poder. O aperfeiçoamento da célebre teoria da separação dos poderes, teoria instituída por Locke (*Two Treatises of Government*, 1690)[4], aperfeiçoada por Montesquieu (*De l´Ésprit des lois,* 1748; Livro XI, Cap. VI), e implantada pela admirável criatividade dos fundadores. Montesquieu propõe nessa teoria que “O poder constitua um freio para o poder”, mediante a atribuição das três funções do Estado a órgãos diferentes: ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário[5]. A recepção dessas idéias os levou a elaborar uma estrutura de governo sem paradigma no século XVIII. Sabiamente, adotaram uma Constituição com um mecanismo perpétuo de aperfeiçoamento, que é o poder de fazer emendas (*amendments*). Tratava-se de algo novo e grandioso na época.

O tema da natureza humana é recorrente nos artigos de *Publius*. Há a preocupação de considerar todos os assuntos do Estado à luz des-

---

4 Locke trata da teoria da separação dos poderes no *STreagtuanddoosobre o Governo* : um ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil, especificamente no capítulo XII, intitulado *Do poder Legislativo, executivo e federativo da sociedade política*.

5 A Suprema Corte revestiu-se de grande poder ao acumular as funções de intérprete e de guardiã das normas constitucionais. Munido desta prerrogativa, teve autoridade para declarar nulas leis aprovadas pelo Congresso (Marbury contra Madison) ou para ampliar os poderes do governo federal (McCulloch contra Maryland). Ao dotar a Suprema Corte de um poder político de tal magnitude, o sistema aperfeiçoou-se e ganhou dinamismo. (S#, 1996, p. 156-157).

sa doutrina. Essa recorrência tem como escopo a demonstração de que o poder jamais deve ser exercido de modo ilimitado quer por uma pessoa quer por um grupo de pessoas; logo, é licito afirmar que essa mesma regra deve ser estendida ao plano internacional, de forma que o poder também seja exercido individual ou coletivamente pelos Estados dentro dos limites impostos pelo Direito internacional.

Quanto à responsabilidade pela condução da política externa dos Estados Unidos, convém lembrar que a desconcentração do poder político é caráter distintivo nomeadamente do Estado Federal. Assim, justiça seja feita, não se deve supor então que o poder executivo norte-americano age sozinho nas suas ações internas e externas, porquanto o poder legislativo também está compreendido na estrutura governamen- tal. Se todo o poder que emana do povo é originário, somente este de- tém a soberania, o poder derivado é o que lhe cabe aos poderes do Es- tado, respondendo os funcionários desses poderes diretamente pelas suas ações[6]. Assim, consoante a Constituição, compete ao Legislativo, den- tre outras coisas, lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pa- gar dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; declarar guerra; organizar e manter exércitos e elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes conferidos pela Constituição (art. 1º, Seção 8). O Presidente dos Estados Unidos, por mandamento constitucional, deve "...prestar ao Congresso, periodicamen- te, informações sobre o estado da União, fazendo ao mesmo tempo as recomendações que julgar necessárias e convenientes" (art. 2º, Seção 3). Como se nota, tanto o Legislativo quanto o Executivo participam direta- mente nas questões relativas ao uso da força.

A guerra é ato de violência contrário à ordem jurídica e aos preceitos morais. Contudo é fenômeno recorrente e histórico na patologia

[6] Os Federalistas defendem e demonstram as virtudes do governo republicano. No artigo trinta e nove, Madison define a república como um governo que deriva todos os seus poderes, direta e indiretamente, da grande massa do povo, sendo administrado por pessoas que exercem suas funções voluntariamente, durante um limitado período de tempo ou enquanto agirem bem (1984, p. 330). Esta definição já traz implícitas as idéias de democracia representativa, de temporalidade do governante e da sua responsabilidade. Assim, o presidente permanecerá no cargo por um período de quatro anos e estará sujeito ao impeachment, durante todo o tempo em que permanecer no cargo.

da alma humana. O direito, diante da sua inevitabilidade, procura controlar-lhe os efeitos, humanizando-a (*Jus in bello*); procura legitimá-la somente em casos excepcionais. Quais as causas da guerra? Uma vez mais vale o recurso à sabedoria dos fundadores dos Estados Unidos:"As causas 'justas' de guerra surgem, na maioria das vezes, ou da violação de tratados ou da violência direta"; em vista disso, afirma John Jay em memorável texto de O Federalista, "É da maior importância para a paz da América que ela observe as normas internacionais" (1984, p. 110). Essas palavras cobram grande atualidade quando se considera o empreendimento da guerra contra o Iraque.

A asserção de Hamilton de que os homens são por natureza "ambiciosos, vingativos e rapaces" (1984, p. 123) encontra com as palavras de Jay quando diz que "Por mais calamitoso que seja para a natureza humana, as nações em geral recorrerão à guerra sempre que tenham alguma perspectiva de assim obter determinadas vantagens". (1984, p. 113). Lembre-se de que o Iraque tem importantes reservas de petróleo de in- teresse imediato dos Estados Unidos.

O que importa finalmente observar é que essa teoria da natureza humana elaborada pelos fundadores dos Estados Unidos, que considera o ser humano de modo pessimista, não se aplica ao pensamento dominante vigente, que é otimista e universalmente intervencionista. Os neoconservadores estão realmente convencidos da excelência e do valor universal do modelo norte-americano, razão por que o atual governo deve usar todos os instrumentos disponíveis para que seja aplicado/imposto em toda a sociedade internacional. Segundo um conhecido neoconservador, Francis Fukuyama,"Os neoconservadores não querem de maneira alguma defender a ordem vigente, fundada sobre a hierarquia, a tradição e uma visão pessimista da natureza humana".

Assim, contrariando a tese pessimista referente à natureza humana, segundo a qual o direito deve ser observado nas relações dos Estados Unidos com a sociedade internacional, o governo desse país inicia uma novidade em matéria de uso da força, a denominada *guerra preventiva*. Na seção seguinte ver-se-á o substrato teórico que está por trás dessa inusitada estratégia político-militar do governo estadunidense; além dos principais alicerces dessa nova política externa.

III | Neoconservadorismo e alicerces da doutrina Bush

A construção teórica neoconservadora estadunidense data do final da década de cinqüenta do século passado, atingindo notada relevância, em 1980, com a eleição de Reagan. Como é sabido, a concepção ideológica conservadora tem as suas raízes no pensamento de Edmund Burke sobretudo na sua obra Reflexões sobre a Revolução em França (*Reflections on the revolution in France*), publicada em 1790. Contudo, o movimento que alcança seu ponto mais elevado com o governo George W. Bush não é propriamente conservador, no sentido tradicional de ma- nutenção do *statu quo*, porque rompe com a tradição de defesa da or- dem estabelecida iniciado por Burke na sua crítica feroz à Revolução Francesa. Os neoconservadores, conforme Frachon, rejeitam praticamen- te todos os atributos do conservadorismo político tal como é compreen- dido no Europa. (Frachon, 2003).

Entre os ideólogos neoconservadores, ou da extrema direita, encontram-se notáveis intelectuais, sendo a figura central Irving Kristol, que descreveu um neoconservador como "um liberal rejeitado pela Revolução". (Nisbet, 1987, p. 163). Vale a pena lembrar que o pensamento desse grupo no período da *Guerra Fria* pautava-se pela percepção de que a crise econômica, política e de hegemonia internacional que enfrentavam os Estados Unidos só poderia ser explicada "...em função da perda da confiança nas forças nacionais e da liquidação política dos princípios e va- lores da autoridade". Baseados nessa explicação, consideravam que, no plano das relações internacionais, a disputa devia definir-se em termos ideológicos, num confronto entre os EUA e a ex-URSS, como forma de recuperar a perda de hegemonia. Eis o suporte para alimentar a *Guerra Fria* e os conflitos de baixa intensidade. (Sorto, 2001, p. 195).

O substrato ideológico neoconservador[7] de sustentação da administração George W. Bush não é politicamente homogêneo. Na realida-

[7] Segundo alentador texto de Frachon, "Os neoconservadores são internacionalistas, partidários de um ativismo inequívoco dos EUA no mundo". Quanto à filiação intelectual, os neoconservadores seguem a filosofia de Leo Strauss como substrato teórico para o seu neoconservadorismo. (2003).

O neoconservadorismo tradicional, junto com o liberalismo e o socialismo, constitui uma das

ideologias mais importantes da Idade Moderna.

de, a junção de duas correntes, que seria justo imaginar inconciliáveis, são as que dão sustentação intelectual ao governo Bush. Uma delas é formada pelos neoconservadores propriamente ditos, na qual aparecem como figuras destacadas John Ashcroft[8] e o vice-presidente Dick Cheney; a outra é constituída pelos cristãos fundamentalistas, nesta aparece como figura de proa o Subsecretário de Defesa, Paul Wolfowitz.

Essa inserção da direita cristã nos assuntos do Estado traz de volta a religião para o centro do poder. O Estado laico, instituído a partir das idéias de Maquiavel, fundado numa ética também laica trouxe mudanças profundas no exercício da autoridade. A moralidade encarada, porém, a partir do prisma da cristiandade e não mais da laicidade marca retrogradação política; mais ainda, a interposição das igrejas no campo da política é contrária ao pensamento fundante do Estado norte-americano.

Os neoconservadores caracterizam-se, conforme Frachon, pelo "...elogio da democracia militante, a exaltação quase religiosa dos valores americanos e a oposição decidida à tirania" (2003). Desse ponto de vista, é um movimento ideológico messiânico cuja missão primordial é a salvação da humanidade da ameaça do mal mediante a introdução e fixação do regime político e dos valores estadunidenses no mundo. O presidente Bush, logo em seguida aos ataques de setembro de 2001, confirma esse messianismo, claramente sem pejo, nestes termos:"...nossa responsabilidade para com a história já é clara: responder a esses ataques e livrar o mundo do mal"[9]. (Bush, 2002, p. 5). Nessa linha, o documento chamado *A estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos*, que recolhe o discur-

[8] John Ashcroft, Secretário de Justiça do primeiro mandato de George W Bush, criticado severamente pelos grupos de defesa de direitos humanos pela sua responsabilidade na implantação das políticas antiterroristas nos Estados Unidos depois dos atentados de 11 de setembro de 2001. A maior afronta a esses direitos vem da conhecida Lei Patriota (USA Patriot Act), de 26 de outubro de 2001, que sob o pretexto de combate ao terrorismo restringe direitos e liberdades civis.
John Ashcroft é um dos mais radicais neoconservadores, tanto que em janeiro de 2002 ordenou que as estátuas parcialmente nuas do Departamento de Justiça fossem cobertas, porque não queria ser fotografado diante delas durante as entrevistas à imprensa.

[9] Discurso proferido pelo presidente Bush em Washington (Catedral Nacional), em 14 de setembro de 2001, o texto no original é este: "But our responsibility to history is already clear: to answer these attacks and rid the world of evil".

so de Bush em *West Point*, em 1.º de junho de 2002, é bem ilustrativo: pois essa estratégia funda-se, segundo o presidente, "...num internacionalismo distintamente norte-americano, que reflita a união de nossos valores e de nossos interesses nacionais. O objetivo dessa estratégia é ajudar na construção de um mundo não apenas mais seguro, mas melhor". (Bush, 2002, p. 1). Pensando na construção desse mundo propensamente "bushiano" e permeado irresistivelmente pelos valores e pelos interesses dos Estados Unidos, a corrente neoconservadora oferece ao atual governo os fundamentos teóricos para substituir a velha ordem comandada pelas Nações Unidas, implantando em seu lugar a nova ordem política mundial por intermédio da *doutrina Bush*, que tem como ponto alto a estratégia da *guerra preventiva*.

Os fundamentos da denominada *Doutrina Bush* em geral, e da guerra preventiva em particular, encontram-se numa série de discursos e documentos emanados da Casa Branca a partir de 2001. Na versão oficial, a justificativa da formulação dos preceitos que constituem essa doutrina está na proteção preventiva e na afirmação da hegemonia dos Estados Unidos.

O propósito central da doutrina é o de *Combater o terrorismo*. Mas, de acordo com essa doutrina, quem é considerado terrorista e quem julga essa questão? O conceito de terrorismo pode abranger várias categorias de sujeitos. Assim, terroristas podem ser, por exemplo, os Estados reunidos sob a denominação *eixo do mal*; pode ser considerado terrorista, ainda, qualquer Estado que os Estados Unidos apontem como tal; podem ser também considerados terroristas, do mesmo modo, facções ou pessoas; tudo sempre a critério do governo de Washington. Consoante o presidente Bush:"Não fazemos distinção de espécie alguma entre os terroristas e os que conscientemente lhes dão abrigo ou fornecem ajuda". (Bush, 2002, p. 5). No documento intitulado *Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos*, enviado ao Congresso 20/9/2002, afirma-se que os Estados Unidos ajudarão os aliados na luta contra o terror e res- ponsabilizarão os "Os Estados que estejam comprometidos com o terror, inclusive os que abrigarem terroristas – porque os aliados do terror são inimigos da civilização". (Bush, 2002, p. iv).

O mundo ficou dividido entre os partidários da política de Bush e os partidários do terrorismo. Assim a sociedade internacional é condu- zida ao seguinte dilema: ou se está com os Estados Unidos (o bem) ou se está contra ele, isto é, os terroristas (o mal). Infere-se isso do discurso do

presidente ao Congresso, em 20 de setembro de 2001, *ad litteram*: "Todas os Estados, em todas as regiões, agora têm uma decisão a tomar: ou es- tão conosco ou estão com os terroristas". Essa política externa considera patrocinadores do terrorismo sete Estados e trinta e nove organizações terroristas estrangeiras. Dentre os Estados denominados de *eixo do mal*
-Irã, Síria e Coréia do Norte, antes da invasão também o Iraque– apenas a Coréia do Norte não é muçulmano. Note-se que nessa indicação a po- lítica de Bush denota a sua filiação com a de Reagan, que denominava a ex-URSS de *Império do mal*.

O propósito subjacente da doutrina é cuidar dos *interesses geo- políticos* dos Estados Unidos no mundo. Não há como não deixar de con- siderar aqui as imensas reservas de petróleo do Oriente Médio em geral, e do Iraque em especial[10]. A confirmação de que o combate ao terroris- mo não se esgota na questão da segurança fica claramente exposta no documento denominado *Estratégia Nacional para Combater o Terrorismo* (The National Strategy for Combating Terrorism). Nesse escrito George
W. Bush esclarece: "...vivemos numa época de oportunidades tremendas para promover um mundo de acordo com os interesses e os valores ado- tados pelos Estados Unidos e os povos amantes da liberdade de todo o mundo. E aproveitaremos essas oportunidades". (Bush, 2003, p. 2).Taman- ha clareza de objetivos dispensa comentários.

A consecução dos propósitos da doutrina Bush, acima citados, far- se-á, conforme os documentos divulgados pela Casa Branca, mediante a in- sólita estratégia da *Guerra preventiva*, que nada mais é do que o emprego arbitrário da força armada por parte dos Estados Unidos contra inimigos potenciais; tal estratégia, é redundante dizer, dispensa a observância do Di- reito internacional. De acordo com Bush, é necessário "...levar a batalha ao inimigo, desbaratar seus planos e enfrentar as piores ameaças antes que venham à tona. No mundo em que entramos, o único caminho para segu- rança é o caminho de ação. E esta nação agirá"[11]. (Bush, 2003, p. 11).

[10] Oriente Médio detém 63,3% das reservas mundiais comprovadas de petróleo. Desse total, o Iraque sozinho 10% das reservas mundiais. Os Estados Unidos tiveram consumo de 20.071 bilhões de barris em 2003, o que representa 25,1% do consumo mundial. Sendo que as suas reservas comprovadas chegam a apenas 2,7% das reservas mundiais. Fonte. Statiscal Review of World Energy 2004/BP. Apud *Folha de São Paulo*, Caderno Especial Império. 24 de outu-

bro de 2004. p. 2.

[11] Presidente Bush, em 1.º de junho de 2002: “We must take the battle to the enemy, disrupt

Conforme a doutrina Bush, o desmonte das organizações terroristas será feito por meio de várias ações, dentre as quais, as seguintes: a) "ação direta e contínua, *usando todos os elementos do poder nacional* e internacional"; b) defesa dos Estados Unidos e de seus interesses no mundo, mediante a destruição da ameaça externa antes que ela se concretize. Na consecução dessa finalidade os Estados Unidos empenhar-se-ão para contar com o apoio da sociedade internacional; mas, diz Bush, "...*não hesitaremos em agir sozinhos*, se necessário, para exercer o direito de legítima defesa, *agindo de forma preventiva contra esses terroristas*" [12]; c) guerra ideológica contra o terrorismo internacional; além de privar os terroristas de patrocínio, de apoio e de refúgio seguro "...convencendo ou obrigando os Estados a aceitar suas responsabilidades soberanas". (Bush, 2002, p. 6).

A guerra preventiva pressupõe, portanto, o emprego inescrupuloso de todos os meios à disposição dos Estados Unidos –militares, econômicos, diplomáticos, ideológicos etc.,– contra inimigos seletivos. A intimidação de Estados com o argumento de que abrigam terroristas constitui importante elemento coadjutor dessa estratégia militar da guerra preconcebida.

Considere-se, contudo, que a implementação desse expediente traz consideráveis perigos para a continuidade da vida em sociedade quer no plano global quer no plano interno. De fato, como a utilização dessa estratégia não é de exclusividade dos seus mentores, outros Estados poderão utilizá-la. A Rússia, por exemplo, já manifestou a sua disposição de utilizá-la. Nada impede, por outro lado, que o Paquistão a utilize contra a Índia, e vice-versa. Causa mais apreensão quando se sabe que muitos Estados são detentores de arsenais nucleares, a exemplo dos mencionados acima.

O corolário da doutrina Bush é a afirmação categórica da *supremacia militar* dos Estados Unidos e a instauração de um inquietante *unilateralismo* nas relações internacionais, caracterizado pela manutenção de

his plans and confront the worst threats before they emerge. In the world we have entered, the only path to safety is the path of action. And this nation will act."

[12] Eis *in verbis* no original: "While the United States will constantly strive to enlist the support of the international community, we will not hesitate to act alone, if necessary, to exercise our right of selfdefense by acting preemptively against such terrorists". (Bush, 2002, p. 6).

um estado de beligerância permanente. Certo é que a doutrina Bush somente pode ser implantada à margem do sistema das Nações Unidas, resultando no enfraquecimento da ordem jurídica vigente. A alegação dos neoconservadores de que as Nações Unidas fracassaram na sua missão de manter a paz no mundo vai na direção de demonstrar que o mundo precisa de nova ordem; a qual deve estar necessariamente sob o comandado militar dos Estados Unidos. Esse desdém pelas Nações Unidas pode ser demonstrado por artigo publicado no jornal The Guardian pelo neoconservador Richard Perle, em 21 de março de 2003, sob o título: "Graças a Deus pela morte das Nações Unidas. Seu abjeto fracasso somente nos trouxe anarquia. O mundo precisa de ordem". Nesse texto, publicado um dia depois do início da invasão do Iraque, Perle afirma que o reinado do terror de Saddam Hussein cairá junto com as Nações Unidas, morrendo desse modo a fantasia das Nações Unidas como a pilar de uma nova ordem mundial[13].

Essa nova ordem, baseada na tese das guerras preventivas, coloca a guerra como regra, a paz como exceção. Não existe limite temporal para o fim das guerras preventivas. Esse estado de beligerância permanente pode ser claramente depreendido das palavras do presidente Bush quando afirma que essa guerra é um empreendimento global de duração incerta[14]. Com efeito, o presidente Bush assegura que as forças armadas do seu país "...serão potentes o bastante para dissuadir adversários potenciais de buscar uma acumulação de forças militares na esperança de ultrapassar ou de igualar o poderio dos Estados Unidos[15]". (Bush, 2002, p. 30).

[13] "O que morrerá é a fantasia das Nações Unidas como a pilar de uma nova ordem mundial. Ao procurar entre os escombros, será importante conservar, entenda-se da melhor maneira, os destroços intelectuais da vaidade liberal de garantir a segurança mediante o direito internacional administrado por instituições internacionais (What will die is the fantasy of the UN as the foundation of a new world order. As we sift the debris, it will be important to preserve, the better to understand, the intellectual wreckage of the liberal conceit of safety through international law administered by international institutions.)".

[14] "To defeat this threat we must make use of every tool in our arsenal – military power, better homeland defenses, law enforcement, intelligence, and vigorous efforts to cut off terrorist financing. The war against terrorists of global reach is a global enterprise of uncertain duration". (Bush, 2002, p. 3).

[15] "Our forces will be strong enough to dissuade potential adversaries from pursuing a military build-up in hopes of surpassing, or equaling, the power of the United States".

Para usar as palavras de Newton Carlos, trata-se de uma *doutrina das guerras sem fim*, ou ates, "...uma doutrina de guerras permanentes, assentada em gastos militares de um bilhão de dólares por dia (*sic*) Quem gasta tanto em armas é porque gosta de atirar nos outros". (2003, p. 21).

A Guerra preventiva seria de algum modo defensável como meio de resolver o problema do terrorismo internacional? O uso preferencial da guerra preventiva como meio de combate ao terrorismo traz, de um lado, o grave problema de exclusão dos modos pacíficos de solução e, de outro lado, a exclusão dos interesses multilaterais na medida em a sociedade internacional e as Nações Unidas somente teriam a opção de atestar a juridicidade de atos de força contrários ao Direito internacional.

Fato é que a guerra, independente da sua adjetivação qualificativa, está entre as patologias mais mortais da natureza humana. Pretende-se na parte seguinte analisar três conceitos conexos entre si e fundamentais para a cabal compreensão do tema em estudo.

IV | Guerra, agrassão e terrorismo

Guerra. Houve época em que se considerava a guerra (*Jus Belli*) e a paz no mesmo patamar, portanto, como algo lícito ao Estado. O fato de Hugo Grócio ter escrito, em 1625, o seu "Direito da Guerra e Direito da Paz" (*De jure belli ac pacis*), demonstra o quanto a guerra gozava de licitude, pior ainda, nessa obra a guerra vem antes da paz. Corrigindo-se o título da obra, dividia-se o Direito internacional Público então em Direito da Paz e da Guerra. Hoje a guerra é ilícito internacional.

A despeito da sua vocação imperial, não se deve negligenciar o papel desempenhado pelos Estados Unidos na a construção da ordem jurídica internacional do século XX, essa que atualmente desdenham. O presidente W. Wilson, por exemplo, contribuiu decididamente, com os seus "14 Pontos", para a formação da Sociedade das Nações (1919), que foi a primeira organização internacional[16]. Essa instituição teve a sua origem na Primeira Guerra (1914-1918) e foi aniquilada pela Segunda Gue- rra Mundial, a partir da qual foi erigido o sistema das Nações Unidas.

[16] O Acordo constitutivo foi assinado em Versalhes em 28/6/1919. O Brasil ratificou esse Pacto em dez. de 1919, figurando como membro originário. Os Estados Unidos, por questões internas, não ratificaram o instrumento constitutivo.

Com o propósito de resolver juridicamente a questão da guerra, antes mesmo da criação das Nações Unidas, há um precedente que merece atenção.Trata-se de o Tratado de Renúncia à Guerra (Pacto de Paris ou Briand-Kellog), de 27 de agosto de 1928, que constitui um grande mar- co na tentativa de resolver o problema da guerra. Esse instrumento é fru- to da proposta feita pelo então Ministro dos Negócios Estrangeiros fran- cês, Aristides Briand, ao então Secretário de Estado dos Estados Unidos, Frank B. Kellog, visando a celebração de um tratado de paz e amizade per- pétua entre a França e os Estados Unidos de condenação e renúncia à guerra entre os dois Estados. Kellog foi além, sugeriu um tratado multila- teral em que os principais Estados do mundo renunciassem à guerra co- mo instrumento de política nacional. Assim, com justiça, esse instrumento passou a ser conhecido como Pacto Briand-Kellog[17], em homenagem a seus mentores. Deve-se esclarecer que o Pacto de Renúncia à Guerra não prescreve a guerra de conquista, além de ter sido negociado à mar- gem da Sociedade das Nações.

Consta do Preâmbulo desse documento, que os pactuantes considerando o bem-estar da humanidade decidem que "...chegou o momento de se proceder a uma franca renúncia à guerra como instrumento de política nacional, afim de que as relações pacíficas e amistosas atualmente existentes entre seus povos, possam ser perpetuadas". Assim, Os Estados signatários "...declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para solução de controvérsias interna- cionais, e a isso renunciam, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas" (Art. 1.º). Em conseqüência, os Estados signatá- rios se comprometem a solucionar por meios pacíficos todos os litígios que venham a surgir entre eles, independentemente da natureza ou da origem (art. 2.º).

Hoje em dia, compete privativamente ao Conselho de Segurança, com fundamento no art. 39 da Carta, determinar "...qualquer existência de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão", em tal caso fará

[17] Ratificado por todos os signatários: Alemanha, Estados Unidos, Bélgica, França, Itália Japão, Grã-Bretanha, Polônia e Checoslováquia. A maioria dos Estados da época aderiu ao Pacto. O Brasil aderiu ao Pacto em 10 de abril de 1934, tendo depositado em Washington o respectivo instrumento de adesão em 10 de maio de 1934. Promulgado pelo Decreto 24.557 de 3 de julho de 1934. (*confr.* Melo, 1950, p. 324).

as recomendações pertinentes e determinará, consoante a mesma Carta, dois tipos de medidas a serem tomadas para manter e restabelecer a paz e a segurança internacional: a) as previstas no art. 41, que não envolvem o emprego de forças armadas[18]; e b) as medidas de natureza bélica[19] previstas no art. 42. Ocorre que a resolução 1441 do Conselho de Segurança não é ainda instrumento de autorização do emprego das disposições contidas no art. 42 da Carta. A guerra contra o Iraque é, portanto, antijurídica.

A alegação que a guerra preventiva responde a ato de agressão constitui afirmação sem discernimento. Qualquer reação bélica atual, com base nos atentados de 11 de setembro de 2001, é extemporânea. Natu- ralmente que o Estado vítima de agressão tem o direito de legítima defe- sa. Mas esse direito não é *ad aeternum*, pelo contrário, é instantâneo e temporário, durando apenas o tempo necessário até que o Conselho de Segurança tome as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. Em suma, a guerra – ou o uso da força, segundo a terminologia da Carta (art. 2.º § 4)– constitui ilícito internacional; a re- curso ao uso da força somente é juridicamente lícito quando realizado em consonância com as disposições da Carta.

Sendo a mencionada guerra contra o Iraque classicamente um conflito bélico entre Estados, cabe indagar aqui a respeito da alegada necessidade de declaração de guerra. Quanto às formalidades alegadas de que a guerra contra o Iraque precisava ser formalmente declarada, e também contra a do Afeganistão, deve-se esclarecer que não é imprescindível a de-

[18] "Art. 41 – O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas".

[19] "Art. 42 – No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar e efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas".

claração de guerra motivada, ou de *ultimatum* com declaração de guerra condicional. Nestes casos aplica-se o princípio da efetividade, pois, como bem lembra Miaja de la Muela, "...o direito de guerra aplica-se em virtude não da declaração de guerra, mas das hostilidades *efetivas*". (Miaja, 1979, p. 71). O reconhecimento desse *status* de guerra acarreta, naturalmente, a aplicação das normas Direito internacional humanitário (*Jus in bello*).

Além das considerações a respeito guerra, que ficaram consignadas acima, merece cuidadosa consideração o conceito de agressão, visto que ele faculta o exercício do direito de legítima defesa, ensejando a intervenção do Conselho de Segurança.

Agressão. A Resolução 3314, aprovada pela Assembléia Geral em 14 de dezembro 1974, em seu XXIX período de sessões, trata da definição do crime de agressão. Segundo essa Resolução, a *agressão* é um crime contra a paz internacional definido como "...o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou qualquer outro ato incompatível com a Carta das Nações Unidas, segundo a presente definição". (Art. 1.º). No aludido documento enumeram-se os atos caracterizados como agressão[20], independentemente de que haja ou não declaração de guerra (Art. 3.º). Como os atos definidos como agressão, na resolução 3314, não esgotam as possibilidades, o Conselho de Segurança poderá determinar outros atos que constituam agressão (Art. 4.º).

[20] Considera-se agressão quaisquer dos seguintes atos: "...a) a invasão ou o ataque por forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, que resulte de tal invasão ou ataque, ou qualquer anexação, mediante o uso da força, do território de outro Estado ou de parte dele; b) o bombardeio pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado, ou o emprego de qualquer tipo de armas contra o território de outro Estado; c) o bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado; d) o ataque por forças armadas de Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas de outro Estado, ou contra a sua frota mercante ou aérea; e) o emprego de forças armadas de um Estado, que estejam em território de outro Estado que tenha concordado recebê-las, em violação às condições estabelecidas no acordo ou de qualquer prolongamento da sua permanência no referido território depois de expirado o acordo; f) a ação de um Estado que permite que seu território, que tenha posto à disposição de outro Estado, seja usado por este para perpetrar um

Pondere-se bem que, embora seja um grande avanço, o crime de agressão exposto acima se refere apenas aos de natureza militar; há, todavia, casos de agressão de conseqüências graves que não são bélicos, como os contemplados na agressão econômica.

Parece de grande monta que o crime de agressão também este- ja previsto no art. 5º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacio- nal.Trata-se de um dos quatro crimes graves sujeitos à restrita competên- cia do tribunal. Assim, Tribunal tem competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Cri- mes de guerra; d) O crime de agressão. No caso do crime de agressão, o

§ 2.º do art. 5.º determina que o Tribunal exercerá a sua competência para processá-lo desde que seja aprovada uma disposição em que se defi- na o crime agressão e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência[21].

O Conselho terá de definir que tipo de situação incide na paz e na segurança internacionais e deverá defini-la para determinar as medidas pertinentes, de conformidade a Carta. Definir-se-á, então, se houve: a) qualquer ameaça à paz; b) ruptura da paz; ou c) *agressão*.eAmsbsiomra, resolução 3314/1974, da Assembléia Geral, defina agressão, claro está que, desde a instituição da ONU, cabe ao Conselho de Segurança, (arti- go 39), a competência para determinar a existência das situações supra- mencionadas.

Deve-se enunciar ainda, que todas as hipóteses de agressão constantes do artigo 3.º da res. 3314, sempre tem num dos extremos a figura do Estado. Em vista disso, o crime de agressão é sempre praticado pelo Estado ou por alguém em seu nome. Como enquadrar nesta resolução então os atos de agressão terroristas carentes de suporte estatal?

---

ato de agressão contra um terceiro Estado; g) o envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos armados, grupos irregulares ou mercenários, que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade como os enumerados acima, ou o substancial envolvimento em tais atos".

[21] Art. 5. "2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime.Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas".

Terrorismo internacional. Como qualificar juridicamente os atentados de 11 de setembro de 2001 nos EUA (Nova Iorque, Washington D.C. e Pensilvânia)? Segundo a Resolução 1368, do Conselho de Seguran- ça, aprovada um dia após os trágicos acontecimentos, esses atos consti- tuem uma "ameaça à paz e à segurança internacionais"[22]. Este reconheci- mento constituiria a base jurídica para que os estados Unidos exercessem, de conformidade com o art. 51 da Carta, o seu "direito in- erente de legítima defesa individual ou coletiva", materializado numa gue- rra internacional tradicional entre Estados. Ocorre que o exercício desse direito de legítima defesa, individual ou coletiva, consoante a Carta, está condicionado ao fato de "...ocorrer um ataque armado contra um Mem- bro das Nações Unidas". Além do que, se é um direito inerente (*droit na- turel* no texto francês) de legítima defesa do Estado, então, não depende do reconhecimento do Conselho para o seu exercício. Se não houve ata- que armado, não se pode falar com propriedade do espírito contido na regra do art. 51. Nesse ponto, diz Pellet que se trata "...de uma interpre- tação ampla que não corresponde às disposições da Carta" (2003, p. 176). Mesmo diante do reconhecimento do Conselho de Segurança de que os atentados terroristas constituem ameaça à paz e à segurança in- ternacionais[23], portanto devendo chamar para si a responsabilidade pelas medidas pertinentes a serem tomadas. O problema reside aqui em saber contra quem seriam tomadas essas medidas, visto não existir ainda for- malmente essa especificação. Mas, ainda assim, os Estados Unidos decidi-

[22] O Conselho de Segurança já tinha qualificado na Resolução 731, de 21 de janeiro de 1992, a destruição dos vôos 103 de PAN AM e 772 da *Union de Transports Aériens* como "...atos de terrorismo internacional que constituem uma ameaça à paz e a segurança internacionais". As investigações apontaram o envolvimento do governo da Líbia. Na Resolução 748, de 31 de março de 1992, o Conselho de Segurança impôs, com base no Cap. VII da Carta da ONU, embargo econômico à Líbia. (*confr.* Caso Lockerbie). Em 1999, Gaddafi concordou em entregar os acusados pelo atentado, parte das sanções foram levantadas. Em setembro de 2003, o Conselho de Segurança suspendeu o embargo quando a Líbia se dispôs a indenizar as vítimas do ataque.

[23] No § 5.º, da Resolução 1368, o Conselho de Segurança "*Expressa* que está disposto a tomar todas as medidas necessárias para responder aos ataques terroristas perpetrados o 11 de setembro de 2001 e para combater o terrorismo em todas as suas formas, segundo as fun-

ções que lhe cabem em virtude da Carta das Nações Unidas”.

ram por conta própria, alegando estar amparados pela resolução mencionada, contra quem deveriam ser tomadas as medidas, no caso, contra o Estado do Afeganistão[24]. Não há negar que o espírito da Carta foi posto de lado, pior ainda, perdeu-se uma oportunidade preciosa de fortalecimento do sistema multilateral. Os atentados terroristas, de setembro de 2001, não devem juridicamente ser qualificados como atos de "agressão" ou como crime de guerra, ainda que como desdobramento dos atentados o presidente Bush tenha desencadeado uma guerra tradicional con- tra o Afeganistão. Nessa direção são as conclusões de Pellet, segundo ele os ataques terroristas "...não podem ser definidos nem como uma 'agres- são', no sentido jurídico da palavra, nem como crime de guerra. Podería- mos, em última análise, qualificá-los como crimes contra a humanidade". (2003, p. 175).

A tarefa de elaborar uma definição de terrorismo, que seja de aceitação geral, parece quase impossível[25]. É interessante notar que já se conta com bom número de instrumentos internacionais (tratados[26] e resoluções) sem que se tenha conseguido delimitar com precisão o que se-

[24] O ataque dos Estados Unidos e do Reino Unido ao Afeganistão, em 7 de outubro de 2001, se deveu à recusa do regime afegão de: a) entregar o terrorista Osama bin Laden; b) fechar os campos de treinamento de terroristas; c) necessidade libertar os estrangeiros presos no país. Como reação aos atentados de 11 de setembro de 2001, 94% do povo dos Estados Unidos apoiavam a ação militar.

[25] (Etimologia: *terror* + *ismo*). O emprego da palavra com a acepção contemporânea advém do período da Revolução Francesa em que eram freqüentes as execuções por motivos políticos: 31 de maio de 1793 (queda dos girondinos) e 27 de julho de 1794 (queda de Robespierre).

Embora reconhecendo a dificuldade de definir terrorismo, considere-se singelamente que na sociedade internacional o terrorismo constitui-se pela ameaça e/ou emprego sistemático da violência por parte de grupos organizados contra alvos civis de determinado Estado, ou grupo de Estados, bem como o uso da força militar por parte de um ou vários Estados contra outro Estado em ato de represália ou vingança. O terrorismo como problema da sociedade internacional fora objeto de duas convenções, em 1937, no marco da Sociedade das Nações: uma para a prevenção e a repressão do terrorismo e a outra para a instituição de um tribunal penal internacional.

[26] Vale a pena lembrar que o Brasil faz parte de dois importantes tratados nessa matéria: a) Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as

ja juridicamente atos e comportamentos terroristas em Direito internacional. Contudo, mesmo que o Comitê *adhoc* das Nações Unidas venha estudando o assunto, considerando a complexidade da tarefa, é crível que se chegue à conclusão de um tratado multilateral cuidando do assunto sem a devida delimitação conceitual do objeto jurídico. O insucesso a esse respeito vem desde 1972, quando pela primeira vez no sistema das Nações Unidas foi introduzido o termo terrorismo internacional[27]. O ponto de partida para uma delimitação poderia ser, salvo melhor juízo, a consideração apenas dos atos e comportamentos terroristas que gozam da aceitação geral como ilegais, deixando momentaneamente de lado os atos considerados polêmicos quanto a sua licitude.

Conforme a Resolução 40/61 (9/12/1985), da Assembléia Geral, considera-se atos terroristas todos os que põem em perigo vidas humanas inocentes, ou causam a sua perda, comprometem as liberdades fundamentais e atentam gravemente contra a dignidade do ser humano. O terrorismo dirige-se sempre contra a população civil e/ou contra objetivos civis. A noção de terrorismo, afirma Verri, "...não se aplica aos ataques lançados contra combatentes e objetivos militares". (1999, p. 107).

Embora cogitada a inserção de outros crimes no art. 5.º do Estatuto de Roma, que trata da competência do Tribunal Penal Internacional, o certo é que o restritivo leque dos crimes previstos nesse dispositivo deixou de fora, além de outros, o caso do *terrorismo internacional*. Se os crimes processados pelo Tribunal são os "...mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto", não há como deixar de lado o

---

Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de (1971). O governo brasileiro depositou o instrumento de Adesão em 5/2/1999. (Promulgada pelo Dec. 3.018. de 06/04/1999) e b) Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, adotada em Nova Iorque, em 15 de dezembro de (1997). Entrou em vigor internacional em 1/7/2002. Ratificada pelo Brasil (Promulgada pelo Dec. 4.388. de 25/09/2002).

[27] Resolução 3034 (XXVII), da Assembléia Geral, de 18 de dezembro de 1972, cuja ementa é esta: *Medidas para prevenir o Terrorismo Internacional que Põe em Perigo Vidas Humanas Inocentes ou Causa sua Perda, ou Compromete as Liberdades Fundamentais, e Estudo das Causas Subjacentes das Formas de Terrorismo e os Atos de Violência que Têm sua Origem nas Aflições, na Frustração, nas Humilhações e na Desesperança e que Conduzem a Algumas Pessoas a Sacrificar Vidas Humanas, Incluso a Própria, num Intento de Lograr Mudanças Radicais*.

terrorismo. No entanto, o próprio Estatuto deixou aberta a possibilidade de alteração da competência, incluindo o crime de terrorismo, pois o art. 121, § 1, determina que sete anos após a entrada em vigor o referido tratado poderá ser emendado. Mas as alterações do Estatuto somente serão aplicadas aos Estados um ano após o depósito dos respectivos instrumentos de aceitação.

Segundo a Resolução 1373 do Conselho de Segurança, de 28 de setembro de 2001, todo ato de terrorismo internacional, constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Declara ainda que o financiamento, o planejamento e o incitamento deliberado de atos terroristas são igualmente contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

O terrorismo é mesmo contrário ao espírito da Carta, isso pode ser inferido das seguintes características apresentadas por Mello nesta ordem: a) imprevisível e arbitrário; a vítima não tem meio de evitá-lo; c) é amoral, no sentido de que não leva em consideração argumentos humanitários. (1997, p. 868). Em relação ao caso dos atentados de 11 de setembro de 2001, diga-se que, quando muito, poderiam ser enquadrados no marco dos crimes contra o Direito internacional humanitário na categoria de crime contra a humanidade.

Assim, no caso dos atentados de 11 de setembro de 2001 e atos semelhantes, poder-se-ia aplicar a regra do art. 7º, § 1.º, alínea *a*, do Estatuto do TPI, já que se trata de um ataque homicida (que pode ser generalizado ou sistemático) contra a população civil. Neste caso enquadrar-se-ia como crime contra a humanidade[28] e seria da competência do TPI. Contudo, em virtude da denominada competência *Ratione Temporis*, o Tri-

[28] O Estatuto de Roma (1998) considera no (O art. 7º, § 1) Crimes contra a Humanidade qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer

bunal só tem jurisdição em relação aos crimes cometidos após a entrada em vigor do seu Estatuto, isto é, em 1.º de julho de 2002[29].

Diz com grande propriedade Jorge Miranda que o terrorismo globalizado "Diz respeito a toda a comunidade internacional; é ela que também é ofendida. Por isso, [o terrorismo] só pode ser vencido a partir de instrumentos jurídicos desta mesma comunidade internacional". (Miranda, 2003, p. 68).

O pronunciamento do então chanceler brasileiro, Celso Lafer, perante a Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal, em 3 de outubro de 2003, segue nessa linha do multilateralismo: "Estou convencido de que a luta contra o terrorismo, seus responsáveis e aqueles que os abrigam e patrocinam requer uma ação efetiva no âmbito multilateral". (2003, p. 106). Ressalta ainda que o exercício unilateral do poder não resolverá o problema do terrorismo. Os fatos de 11 de setembro, diz Lafer, podem resultar em novas formas de cooperação e na "...convicção de que o exercício solitário do poder não resolverá as grandes questões que nos afetam". (2003, p. 114).

---

ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º: a")aPtoaqr ue contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.

[29] O Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, que institui a Corte Internacional Penal entrou em vigor em 1.º de julho de 2002, com 76 ratificações. Em 11 de abril de 2002 se reuniu o número mínimo de ratificações necessárias para sua entrada em vigor. "(Art. 126. § 1.º O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um perí- odo de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de acei- tação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas").

Recorde-se que os Estados Unidos rejeitam a Corte, distanciado-se com essa atitude da maioria dos Estados.Vale registrar a este respeito as palavras de Pellet: "Na realidade, o irreal sentimento da sua invencibilidade e a consciência do seu auto-proclamado *leadership*, ainda que irritando o resto do mundo, conduziu-os a um maior distanciamento". (2003, p. 175).

V | Precedente da guerra preventiva

Para compreender a pretensa base jurídica dessa famigerada *guerra preventiva* promovida pelos Estados Unidos, é necessário recorrer à ação normativa do Conselho de Segurança em relação ao Iraque desde invasão do Kuwait, em 2 de agosto de 1990. No mesmo dia em que o Kuwait foi invadido por forças iraquianas, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 660, exigindo a "retirada imediata e incondicional" de todas as forças invasoras. O descumprimento dessa determinação por parte do Iraque, considerado pelo próprio Conselho como aberto desacato à sua autoridade, motivou a adoção da Resolução 678, de 29 de novembro de 1990, mediante a qual o Conselho autoriza o emprego da força ("todos os meios necessários"), caso o Iraque não cumpra cabalmente com todos os termos da Resolução 660 até 15 de janeiro de 1991. Rejeitado o *ultimatum* pelo regime de Saddam Hussein, inicia-se a chamada Guerra do Golfo em 1991. A campanha militar liderada pelos Estados Unidos foi concluída de forma exitosa. O cessar-fogo ficou condicionado à aceitação, em todos os seus termos, da Resolução 687 do Conselho de Segurança, datada de 3 de abril de 1991. Na realidade, esse instrumento prescreve que o Iraque deve aceitar incondicionalmente a destruição de todas as armas químicas, biológicas e todos os mísseis balísticos de alcance superior a cento cinqüenta quilômetros. Ademais, o Iraque deve apresentar uma relação exata, completa e definitiva de todos os aspectos de seus programas de armas de destruição em massa. A verificação do desarmamento completo do Iraque fica a cargo de uma Comissão Especial de Inspetores das Nações Unidas, cujo labor se prolonga até 1998. A partir dessa data o regime iraquiano se nega a colaborar com a Comissão de inspetores, alegando que esta é controlada pelo governo norte-americano.

Se Estados Unidos estavam decididos a invadir o Iraque (decisão tomada logo depois dos atentados cf. Woodward, 2003), a sua ação no Conselho de Segurança procura a cobertura jurídica necessária no mar- co global. Mas aceitação da Resolução 1441, sem reservas, por parte do Iraque, acusado pelos Estados Unidos de possuir armas de destruição em massa, leva de volta os inspetores de armas das Nações Unidas e da AIEA ao Iraque, em 27 novembro de 2002 (confr. Labévière, 2004, p. 211).

Finalmente, O Conselho de Segurança mediante a Resolução 1441, de 8 de novembro de 2002, além de deplorar que não tenha havido no Iraque nenhuma forma de inspeção desde 1998, afirma que o governo

iraquiano continua descumprindo as determinações de desarmamento, previstas na Resolução 687, ao não cooperar com os inspetores das Nações Unidas e com os da Organização Internacional de Energia Atômica (OIEA). O Conselho decide então ofertar uma última oportunidade para o Iraque cumprir com suas obrigações de desarmamento; em vista disso, decide instaurar um regime reforçado de inspeção com o objetivo de chegar a uma conclusão clara e comprovada do processo de desarmamento prescrito pela resolução supracitada. No entanto, o governo Saddam Hus- sein negou sempre ter as armas de destruição em massa que lhe imputa- vam. Não encontrando as aludidas armas de destruição em massa que os Estados Unidos afirmavam categoricamente que o Iraque tinha, –essa tese foi reforçada pelo Secretário de Estado, Colin Powell, na apresentação de documentação (falsa) em comunicado oficial feito ao Conselho de Segu- rança– os inspetores solicitaram mais tempo para concluir a sua missão[30] Mas, em 20 de março de 2003, passando por cima das decisões do Con- selho de Segurança e da Carta das Nações Unidas, sob a acusação infun- dada, como ficou provado depois, de que o Iraque tinha armas de destrui- ção em massa, os Estados Unidos e o Reino Unido invadiram esse país. Os custos humanos e materiais dessa ação bélica são astronômicos. Não há dados precisos sobre o número de civis iraquianos mortos desde a inva- são, mas esse número está próximo de vinte mil civis mortos[31]. Quanto aos gastos militares dos Estados Unidos[32], eles chegaram a cento e cinqüenta

[30] O trabalho de inspeção das Nações Unidas realizam-no duas instituições: a Comissão de Vigilância,Verificação e Inspeção das Nações Unidas (UNMOVIC), criada pela Resolução 1284 (1999) e presidida por Hans Blix; e a Organização Internacional de Energia Atômica (OIEA), sob a direção de Mohamed ElBaradei.

[31] Esse número está até a presente data (6 de março de 2005) entre 16.214, mínimo, e 18.491, máximo. Fontes: Estado de São Paulo (A16 Internacional, 4 de março de 2005); http://www.iraqbodycount.net.

[32] *Custos da ocupação*. Os Estados Unidos têm 121.600 militares no Iraque; o número de soldados norte-americanos mortos desde a invasão até a presente data (6/3/2005) chega 1502; estima-se que o número rebeldes formam a resistência iraquiana seja de 22.000; os gastos dos Estados Unidos com a ocupação chegam aproximadamente a 150 bilhões de dó- lares. FONTES: Folha de São Paulo. (Caderno Especial A1, Iraque, 30 de janeiro de 2005); Es- tado de São Paulo (A16 Internacional, 4 de março de 2005);

http://www.iraqbodycount.net.

bilhões dólares em janeiro de 2005. Nunca os gastos militares[33] dos Estados Unidos Foram tão elevados como atualmente.

Certo é que o uso da força nas relações internacionais somente é possível ao abrigo da Carta das Nações Unidas; assim, somente o Con- selho de Segurança poderá manifestar-se normativamente a respeito da legitimidade do emprego da força. Sem essa autorização não existe legiti- midade para agir. A pretensa base jurídica que, segundo a tese anglo-ame- ricana, justificaria o emprego da força reside numa interpretação muito subjetiva e distorcida do direito de legítima defesa, individual ou coletivo. Os Estados Unidos atacaram um membro das Nações Unidas sem que houvesse, como apropriadamente sustenta Guido Soares,

> "...qualquer manifestação formal do Conselho de Segurança, em termos de terem-se verificado as hipóteses para a utilização legítima da força armada". (2003, p. 26). Em 13 março de 2003, forças armadas comandadas pela alian- ça anglo-americana invadiram o Iraque, iniciando o processo de ocupação que perdura até hoje. Quanto à questão da legitimidade, Guido Soares sinte- tiza bem a questão ao afirmar que "A partir do exame das normas de Direi- to internacional atualmente vigentes, não há qualquer possibilidade de existir uma guerra preventiva que seja legítima". (2003, p. 26).

A tese de que o Iraque tinha armas de destruição em massa, motivo da guerra preventiva, resultou ser mesmo falsa. O informe apresentado por Charles Duelfer à Comissão de Inteligência do Senado em outubro de 2004 revela que os documentos apresentados são exatamente contrários à verdade[34]. O informe prova que o fundamento da invasão não passa de mentira grosseira que induziu a erro a sociedade interna e

[33] Orçamento militar para o ano de 2005 é de US$ 422 bilhões (aprovado no início de outubro de 2004). Orçamento militar de 2006 está previsto em 419 bilhões, excluídas as despesas militares no Iraque e no Afeganistão. O que representa aumento de 4,8 % das despesas com defesa. Quanto às despesas militares no Iraque e no Afeganistão, o presidente Bush já anunciou que formalizará em breve um pedido de US$ 81 bilhões. Isso elevaria os gastos militares para 500 bilhões. (Plano orçamentário 2006, de US$ 2,57 trilhões, prevê o fim de 150 programas domésticos e redução de programas sociais: saúde, educação etc.).

Obs. O orçamento brasileiro em 2004 foi de US$ 154,5 bilhões.

[34] No informe final perante a Comissão de Inteligência do Senado (6/10/2004), Charles Duelfer, chefe do grupo de inspetores dos Estados Unidos que buscava as armas proibidas do re-

fragilizou o sistema das Nações Unidas. Ontem foram as armas de destruição em massa no Iraque; hoje a possibilidade fabricação de armas nucleares na Coréia do Norte e no Irã; amanhã certamente não faltarão "argumentos" para iniciar guerras preventivas; o que não se recompõe com facilidade é a ordem jurídica destruída pela lei da selva.

Com a guerra iniciada contra o Afeganistão o governo dos Estados Unidos tratou, a sua maneira, de oferecer compensação ao povo pelos ataques sofridos, compensação que seria representada por milhares de vítimas civis afegãs. Com a guerra contra o Iraque o governo Bush iniciou –sob o argumento falso de que havia armas de destruição em massa naquele país– o combate preventivo ao terror para locupletar-se com as riquezas petrolíferas e com os lucros auferidos com a reconstrução de um país qu eles mesmos destruíram em todos os sentidos.

As sensatas palavras de Pellet cabem com perfeição: "Não se responde ao terrorismo pelo terror. Pode-se compreender o reflexo inicial de vingança dos Estados Unidos; mas compreender não significa aprovar". Por esse expediente preventivo ainda não se resolveu o problema do te- rrorismo, nada indica, porém, que venha a ser resolvido por esse artifício. O mundo tornou-se sem dúvida um lugar muito inseguro para todos[35] Por quê? Simplesmente porque a partir da ascensão de George W. Bush ao poder nenhum Estado, – nem a população civil – está livre de ser acu- sado de terrorista e atacado por isso, mesmo que não o seja; pior ainda, o fato de os Estados Unidos terem assumido o papel de juizes nessa questão tira o mundo da civilização e o põe no perigoso caminho do es- tado de natureza hobbesiano. Nessa guerra de todos contra todos, como se sabe, não existem as noções de bem e de mal, de justiça e de injustiça, pois diz Hobbes "Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes car- deais". (1983, p. 77). Que atuais as palavras do filósofo! Além do mais, es- sa forma muito particular dos Estados Unidos de lidar com o terrorismo

---

gime de Hussein, afirmou que não foi encontrada nenhuma prova de armamento químico, biológico ou nuclear no Iraque. Lembre-se que o motivo alegado para invadir o Iraque foi exatamente o da existência arsenais de armas químicas y biológicas.

[35] O terrorismo também tem seus adeptos no interior dos Estados Unidos, como não lembrar do caso Timothy McVeight, em Oklahoma. Com efeito, em 19 de abril de 1995, uma bomba explodiu num prédio em Oklahoma matando 168 e ferindo outras 700 pessoas.

sem respeitar as normas de convivência internacional gera dois efeitos catastróficos: fortalece os movimentos mais radicais e violentos quer terroristas quer nacionalistas; debilita o sistema jurídico vigente ao marginalizar a cooperação internacional comprometida com as Nações Unidas.

VI | Carta da ONU e monopólio do uso da força

Por vontade dos Estados, depois da Segunda Guerra Mundial, é criada, em 26 de junho de 1945, a Organização das Nações Unidas.Tratase de organização com personalidade jurídica internacional, alcance universal, vocação política e tendo por objetivo capital a preservação da paz entre os Estados, fomentando a solução pacífica dos conflitos internacionais e consagrando o sistema de segurança coletiva. Esse *sistema de segurança coletiva* é o que interessa muito particularmente, sendo que a carta o consagra no Capítulo VII (arts. 39 a 51), intitulado *Ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão*.

A questão do uso da força foi e continua sendo de extrema sen- sibilidade nas relações internacionais. O assunto da *guerra preventiva* de- monstra isso plenamente. Demonstra também que essa ordem criada pe- los vencedores da Segunda Guerra se revelou impotente para bem equacionar o ponto mais sensível no marco global, o uso da força. Talvez esteja mais do que na hora de retomar as teses da justiça, do desenvolvi- mento, da boa-fé e da primazia da ordem jurídica internacional.

Se o direito vigente não é observado, então há um grave problema de o mundo estar saindo do estado de sociedade para o estado de natureza, no pior sentido possível. *Como se explica a obrigatoriedade de uma norma jurídica*? pergunta Aguilar Navarro. Mais ainda: "Que razão existe para que tenhamos de submeter nossa vontade e limitar nossa li- berdade ao imperativo jurídico, que nos ordena e nos preceitua uma de- terminada conduta?". Essas indagações são e continuam sendo fundamen- tais porque demandam resolução, não apenas quanto à qualidade, mas quanto à própria existência do Direito internacional Público, o qual, "...co- mo todo Direito, existe e é enquanto obriga". (*Apud* LUZ, 1963, p. 86).

A Carta prescreve dentre os princípios, de acordo com quais deverão agir o seus membros, dois que estão intimamente ligados e que são fundamentais em relação ao tema em análise, quais sejam: o da solução pacífica dos litígios: "Todos os Membros deverão resolver suas controvér-

sias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais" (art. 2.º § 3); e o da proibição formal do usa da força armada nas relações internacionais: "Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propó- sitos das Nações Unidas. (art. 2.º § 4). Cuida essa proibição da confirma- ção do Pacto de Paris de renúncia à guerra.

Segundo Guido Soares, a Carta da ONU permite quatro exceções à regra de proibição do uso da força nas relações internacionais:"...a) no exercício da legítima defesa individual ou coletiva; b) nas ações coletivas para a manutenção da paz; c) na luta dos povos no quadro do exercício de seu direito à autodeterminação e d) nas interdições coletivas por motivos humanitários". (Soares, 2003, p. 15).

Quanto à primeira exceção ao uso da força, trata-se, na verdade, do direito de legítima defesa individual ou coletiva, conforme o Art. 51 da Carta:

> Artigo 51 – Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legíti- ma defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado con- tra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança ten- ha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direi- to de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Se- gurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabili- dade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabele- cimento da paz e da segurança internacionais.

Embora esteja dito no preâmbulo da Carta das Nações Unidas que a força armada não será usada a não ser excepcionalmente no inte- resse comum, infelizmente não é bem isso o que ocorre na realidade. A dificuldade para afastar a guerra do cenário internacional é crônica. O Conselho de Segurança, por exemplo, órgão competente para legitimar o uso da força, sofre de grave desvio ao abrigar uma pentarquia de Estados com direito a veto. Na verdade o Conselho fica impossibilitado de agir contra qualquer desses Estados, visto que precisa de unanimidade deles para poder aprovar as suas resoluções. Resulta disso que esses Estados acabam ficando acima da lei, inclusive inventado modalidades de guerras

com o intuito de satisfazer interesses particulares. Sabe-se dos perigos que há quando certas pessoas estão acima da lei ou quando o poder político é concentrado em apenas uma única pessoa ou num único Estado.

O uso da força por parte dessa pentarquia, que compõe o Conselho de Segurança, leva a situações de efetividade que se chocam com a normatividade, cujo resultado, não raro, é a validação de fatos consumados. Assim, os atos de força praticados no Iraque não criam situações juridicamente válidas (*ex iniuria, non oritur ius*) porque praticados contrariando o Direito internacional. A prevalência de situações impostas pela força contrárias à legalidade internacional, como a que se dá no Iraque, negam o Direito internacional. Verdross assinala com muita propriedade que o princípio da efetividade só rege no marco estabelecido pelo próprio Di- reito internacional, pois "Se o princípio da efetividade valesse sem restri- ções, ficaria dissolvido todo o Direito internacional". (Verdross: 116). O Direito internacional não pode simplesmente validar fatos consumados contrários a ele sem a ocorrência de determinadas condições que permi- tam a sanção na ordem internacional.Validar situações reconhecidamente antijurídicas deita abaixo a ordem jurídica internacional.

VII | Conclusões

Em face do exposto, principalmente em relação ao tema da natureza humana, ficou devidamente comprovado que o governo George W. Bush, ao apoiar a sua política na corrente teórica neoconservadora, desconsidera o legado deixados pelos fundadores dos Estados Unidos, cujos ensinamentos a respeito do exercício do poder político fizeram a grandeza do país.

O resultado dessa política neoconservadora é o menoscabo da ordem jurídica vigente e a afirmação contundente da *supremacia militar* dos Estados Unidos. Não se trata de atitude velada, os discursos emanados do centro do poder trazem sempre a impudente afirmação de que, diante do fracasso das Nações Unidas (*sic*), o mundo necessita de nova ordem sob o comandado militar dos Estados Unidos. Mas, o combate ao terrorismo de modo unilateral pelo expediente da guerra preventiva pressupõe o emprego de todos os meios necessários sem ater-se a qual- quer tipo de conduta e com manifesto desdém pelas normas de Direito. O mais inquietante na asserção dessa estratégia no marco global

é o seu

caráter permanente, não se trata de algo passageiro, mas de um plano bélico de alcance mundial de permanência prolongada.

O resultado patente da Guerra preventiva é a demonstração irretorquível da arrogância do poder, dado que a propalação presunçosa da invencibilidade e da insuperabilidade dos Estados Unidos não demonstrou em nada até agora a sua eficácia para resolver de maneira determinante o problema do terrorismo. Poder-se-ia dizer que duas questões inquietam a sociedade internacional e demandam urgente resolução: o terrorismo *sem face* e a estratégia da guerra preventiva baseada na insuperabilidade dos Estados Unidos. É consenso que o problema do terrorismo internacional somente pode ser resolvido pela ação multilateral e que a afirmação da supremacia militar dos Estados Unidos e a sua disposição de usar a força armada aniquila a principal função do sistema das Nações Unidas que é a preservação da paz internacional. Além disso, reduz à in- significância o conceito de soberania, um dos pressupostos de existência do Direito das Gentes.

A *guerra preventiva* significa simplesmente o emprego arbitrário da força contra inimigo potencial qualificado como tal pelo governo estadunidense, mesmo que esse ato de força viole o Direito internacional, seja contrário aos interesses da sociedade internacional e que o Estado contra quem é levada a guerra preventiva seja sabidamente inofensivo.

A intervenção militar no Iraque é ilegal porque não está amparada por nenhum instrumento normativo do sistema das Nações Unidas. Mais do que isso, a guerra preventiva exercida contra o Iraque é coisa diferente da legítima defesa. Esta pressupõe a resposta imediata a uma agressão de acordo com as normas da Carta e, portanto, em sintonia com o Conselho de Segurança. A guerra preventiva iniciada contra o Iraque esta baseada em argumentos faltos (má-fé), como ficou provado (não há as tais armas de destruição em massa) e não tem por objetivo a legítima defesa fundada em ato pretérito de agressão mas em ato futuro. A paz do mundo e combate efetivo ao uso ilegal da força e ao terroris- mo internacional, é lícito supor, dependem, além dessa sábia lição de ob- servar as normas internacionais, do enfrentamento multilateral direto das causas.

Bibliografía

- Boorstin, D. J. *Compendio historico de los Estados Unidos.* Un recorrido por sus documentos fundamentales. Trad. C. Avila Flores. Mexico: FCE, 1997. 754p.
- Bush, George W. *The National Security Strategy of the United States of America.* Washington: The White House, 2002. vii + 31 p.
- ______. *The National Strategy for Combating Terrorism*. Washington, 2003. iii + 30 p.
- Carlos, Newton. *Bush e a doutrina das guerras sem fim*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 128 p.
- Chevallier, Jean-Jacques. *História do pensamento político*. Rio de Janeiro: Zahar, v. 2
- Commager, Henry Steele. *Documents of American History.*e7d.. New York: Appleton-Century- Crotfs, 1962. 1377 p.
- Cooley,Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. 306 p.
- Equipo Nizkor. *Declaración del Equipo Nizkor*: La guerra tiene como finalidad la declaración de un estado de excepción global que desmantele el Sistema de Naciones Unidas. Unión Europea, 22 de marzo de 2003. (http://www.derechos.org/nizkor/excep/manif.html)
- Fernández Sola, Natividad. *El pensamiento internacionalista del profesor Miaja de la Muela: su contribución al derecho internacional público y al derecho europeo.*MZiraar,a1g9o9za9:, 339p.
- Frachon, Alain;Vernet, Daniel. *Folha São Paulo*, Caderno Mundo, domingo 4 de maio de 2003
- Fukuyama, Francis. *Construção de Estados*: governo e organização no século XXI. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo: Rocco: Rio de Janeiro, 2004. 168 p.
- GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crimenes internacionales*a.Vlencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999. 233 p.
- Hamilton, Alexander; Madison, James; JAY, John. *O Federalista.* Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. 640 p.
- Hernandez Vela Salgado, Edmundo. *Diccionario de política internacional*. 5.ed. México: Porrúa, 1999. 817 p.
- Hersh, Seymour M. *Cadeia de comando:* a guerra de Bush do 11 de setembro às torturas de Abu ghraib. Trad. Áurea Akemi Arata et al. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. 400 p.
- Hobbes, Thomas. *Leviatã*, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. 3. ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 420 p.
- Labévière, Richard. *La trastienda del terror*M.Traardía. Cordón. Barcelona: Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, 2004. 400 p.
- Lafer, Celso. A diplomacia brasileira e o terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer caldeira (Org.). *Terrorismo e direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 103-114

- Locke, John. *Segundo tratado sobre o governo: um ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. In: *Dois tratados sobre o governo* (1690). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 376-640.
- Luz, Nelson Ferreira da. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1963, 307p.
- Mclean, J. and A. Editor's introduction. In: MADISON, James *et alii*. *The federalist papers*. Penguin Books. s.d.
- Mello, Celso de Albuquerque. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2
- Mello, Rubens Ferreira de. *Textos de direito internacional e de historia diplomática de 1815 a 1949*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1950. 881 p.
- Miaja De La Muela, Adolfo. *Introducción al derecho internacional público*. 7.ed. Madrid: Atlas, 1979, 702 p.
- Miranda, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer caldeira (Org.). *Terrorismo e direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53-68
- Montesquieu, Charles Louis de Secondant, baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. 720 p.
- Naciones Unidas. *Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización*. Quincuagésimo noveno período de sesiones. Suplemento No. 1 (A/59/1). Nueva York, 2004. 83 p.
- Nisbet, Robert. *O conservadorismo.* TGraodn.çMalv. eFs de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1987, 193p.
- Padover, Saul K. *A Constituição viva dos Estados Unidos*. Trad. A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1964. 161 p.
- Pellet, Alain. Terrorismo e guerra. O que fazer das Nações Unidas? In: BRANT, Leonardo Nemer caldeira (Org.). *rToerrismo e direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 173-182
- Rezek, José Francisco. *Direito internacional público* – curso elementar. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. 403 p.
- Soares, Guido Fernando Silva. Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003? *Política externa*, v. 12, n. 1, p.5-30, jun./ago. 2003.
- Sorto, Fredys Orlando. *Guerra civil contemporánea*: a ONU e o caso salvadorenho. Porto Ale- gre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, 304 p.
- _______. O Federalista e a Constituição dos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, p. 133-158, jan. 1996
- Sousa, José Pedro Galvão de et alii. *Dicionário de política*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1998, 557p.
- Sunga, Lyal S. Competência *ratione materie* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-219.

- Verdross, Alfred. *Derecho internacional público*. 6. ed.Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid: Agui- lar, 1978. 690 p.
- Verri, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados*. Trad. Mauricio Duque Ortiz y Renée Cabrera. Colombia: Tercer Mundo, 1998. 133 p.
- Woodward, Bob. *Bush em guerra*.Trad. Lúcia Magalhães e Graziella Somaschini. São Paulo: Arx, 2003. 436 p.
- Wright, Benjamim Fletcher. Introdução. In: HAMILTON, Alexander et alii. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 1-97.

Derecho Internacional Público

La protección del medio ambiente en el ámbito internacional

José Juste Ruiz

I | La protección del medio ambiente en el ámbito internacional

La protección del medio ambiente presenta una innegable dimensión internacional y constituye actualmente una de las mayores preocupaciones de las personas, de los Estados y de la propia Comunidad Internacional.[1] El maestro Carlos Febres Pobeda, al que se dedican estas páginas, se ocupó de estos problemas tanto en el marco de sus responsabilidades académicas como en el de sus tareas políticas, realizando siempre un trabajo pionero, comprometido y generoso. Muchos de los que ahora cultivamos estos temas recibimos del homenajeado nuestras primeras lecciones en la materia, no solamente en las aulas, sino –como es mi caso– en conversaciones personales, amistosas y llenas de calor humano. La semilla sembrada por el maestro ha fructificado en numerosos ámbitos, produciendo una cosecha que va sin duda mucho más allá de lo que su modestia proverbial le permitiría reconocer. Sirvan estas líneas de sincero homenaje y de testimonio de afecto perenne.

---

[1] J. L Hardgrove, (Ed.) *Law, Institutions and the Global Environment*, New York: Oceana, Leiden: Sijthoff, 1972, p. 98. *Vid.* también P.W. Birnie.- A.E. Boyle. *International Law and the Environment.* Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 83.

El medio ambiente mundial

Una de las primeras dificultades que tiene que afrontar este nuevo sector especializado del Derecho es la definición del objeto material del que se ocupa, es decir, el "medio ambiente". Aunque no existe una de- finición jurídica de este concepto altamente evasivo y proteico, la Corte internacional de Justicia, en su dictamen sobre la legalidad del empleo de armas nucleares de 6 de julio de 1996 afirmó que "el medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende la calidad de su vida y su salud, inclusive de las generaciones futuras".

Las palabras de la Corte, pese a su simplicidad, ponen de manifiesto los elementos esenciales que, desde una perspectiva jurídica, identifican el concepto de medio ambiente. Por un lado, se afirma que se trata del "espacio en el que viven los seres humanos", que son los sujetos principales de la creación y únicos a los que pueden dirigirse las normas jurídicas.También se subraya que se trata del mismo medio físico del que ya se han ocupado numerosas reglas del Derecho internacional (por ejemplo, las relativas a las competencias de los Estados sobre el territorio y sobre otros espacios), pero contemplado ahora desde una nueva pers- pectiva que se preocupa de su "calidad" para sustentar dignamente la vi- da humana. Por otra parte, queda patente que los problemas que se sus- citan derivan de la interacción entre el hombre y su entorno, que ha producido un deterioro progresivo del mismo. Por eso, la relación entre el hombre y el medio ambiente debe ser reordenada para lograr un des- arrollo sostenible, que asegure también las condiciones de vida de las ge- neraciones futuras.

La acción del hombre sobre su retorno ha generado efectivamente un proceso progresivo de degradación, debido al aumento de la población mundial y al incremento de los impactos impuestos al medio ambiente como resultado del desarrollo económico (industrialización) y del desarrollo científico y tecnológico. La principal manifestación de los da- ños que el hombre produce sobre el medio ambiente se han concretado en la figura de la "contaminación", pero esta no constituye el único factor de degradación ambiental. Hoy en día, otros muchos fenómenos deriva- dos de las actividades humanas afectan al medio ambiente y contribuyen a su deterioro; entre estos puede señalarse el agotamiento progresivo de los recursos naturales, el empobrecimiento de la naturaleza y la pérdida

irreversible de la diversidad biológica, el incremento de la sequía y de la desertización, y los problemas de la calidad del aire y en especial el cambio climático debido a las emisiones de gases de efecto invernadero.

Un mundo único pero compartimentado

Desde una perspectiva científica, es claro que los distintos componentes del medio ambiente forman parte de un único ecosistema glo- bal que tiene una dimensión planetaria. La primera ley de la ecología afir- ma que "todo está interrelacionado" de modo que los impactos sobre el medio ambiente pueden manifestar sus efectos a grandes distancias y se comunican de un sector a otro (tierras, aguas, mares, atmósfera, naturaleza). Como sugiere la imagen del llamado síndrome de la mariposa, el vuelo de una mariposa en China puede producir un tifón en Texas.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, este mundo que es ecológicamente único está compartimentado en numerosos espacios estatales sometidos a la acción independiente de cada uno de sus titulares políticos. La mayoría de los espacios que constituyen el ecosistema mundial están, por lo tanto, sometidos a la soberanía de los aproximadamente 200 Estados que los ocupan que, en principio, tienen capacidad de decisión autónoma sobre las actividades realizadas en su territorio o bajo su jurisdicción o control. Más allá de este primer dato, conviene recordar también la existencia de ciertos espacios del planeta que no están sometidos a la soberanía estatal, y que son por lo tanto territorios "sin dueño", aunque esta ausencia de un soberano no merma en modo alguno su extraordinaria importancia cuantitativa y cualitativa como partes del ecosistema global.Tal es el caso del alta mar, de la zona de fondos marinos y oceánicos situada más allá de la jurisdicción nacional, de la atmósfera que se extiende más allá del espacio aéreo de los Estados, de los espacios sometidos a un régimen jurídico internacionalizado (como la Antártida) y del espacio ultraterrestre o cósmico. Todos estos *global commons* constituyen una parte vital del ecosistema planetario y encierran riquezas naturales de las que depende en gran medida la supervivencia de la humanidad. Sin embargo, dado que los espacios de que se trata no pertenecen a la jurisdicción de ningún Estado, no existe un titular jurídico que pueda defenderlos como propios o sentir- se directamente lesionado si se produce algún atentado ecológico contra ellos. Por ello es necesario que su tutela se organice de un modo colecti- vo, mediante una acción concertada que evite un uso abusivo de cada Es-

tado actuando aisladamente, para tratar así de poner fin a lo que algunos han denominado "la tragedia de los (espacios) comunes".[2]

Problemas transfronterizos y globales

En este mundo compartimentado que constituye la realidad política y jurídica en la que vivimos, los Estados han percibido desde hace ya tiempo la necesidad de cooperar en la solución de los problemas cada vez más graves que afectan al medio ambiente común. El primer problema que puso en evidencia la necesidad de esta cooperación es el fenómeno conocido como "contaminación transfronteriza", es decir, aquella que teniendo su origen en el territorio de un Estado proyecta sus efectos más allá de éste. En la famosa sentencia arbitral de la Fundición de Trail de 1941, dictada en un asunto que enfrentó a los Estados Unidos y Canadá por las emisiones de gases sulfurosos que contaminaban el territorio americano, el Tribunal arbitral afirmó que:

> El Tribunal considera que ... tanto según los principios de Derecho internacio- nal, como según el Derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene de- recho a usar su territorio o a permitir el uso del mismo, de suerte que las emanaciones de humos causen un perjuicio en el territorio de otro Estado o a las propiedades de las personas que allí se encuentran, siempre que se tra- te de consecuencias graves, y el perjuicio sea demostrado por pruebas claras y convincentes.[3]

Pronto se advirtió que los efectos de la contaminación no se planteaban únicamente en el marco de las relaciones de vecindad, sino que tales efectos perturbadores podían afectar también a varios Estados e incluso a Estados situados a gran distancia[4] o a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional (mareas negras resultantes de accidentes marítimos, contaminación atmosférica). En resumen, como se afirma comúnmente,"la

---

[2] G. Hardin. "The Tragedy of the Commons", 162 *Science* (1968 nº 3860), pp. 1243 y ss. Crowe. "The Tragedy of the Commons Revisited", 166 *Science* (1969 nº. 3909) pp. 1103 y ss.

[3] Trail Smelter Case (U.S.A./CANADA) Award of March 11, 1941. ONU, *RIAA*., t. III, p. 1965.

[4] La importancia de este tipo de contaminación determinó, por ejemplo, la adopción del Convenio de Ginebra de 13 de noviembre de 1979 sobre contaminación atmosférica transfron- teriza a gran distancia.

contaminación no conoce fronteras"; por ello la contaminación transfronteriza constituye el primer dato que evidencia la inevitable dimensión internacional que a menudo presentan los problemas ambientales.

Un segundo factor de internacionalización deriva de lo que se ha denominado la "exportación de (los riesgos de) la contaminación", fenómeno relacionado con el anterior pero que se distingue netamente del mismo. Lo que se evoca aquí no es el efecto transfronterizo de una contaminación local, sino la exportación a otro país, o a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional, de las propias fuentes o riesgos de contaminación. Muchas veces esa exportación deriva de la propia naturaleza de las actividades de que se trata, como sucede en el caso de los buques, aeronaves y otros medios de transporte que llevan a bordo mercancías pe- ligrosas. Pero otras veces la exportación de la contaminación constituye una práctica más sutil e insidiosa, que es buscada a propósito. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las inmersiones de desechos en zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional, o en el de los "movimientos transfronterizos" de desechos peligrosos a países con mayor tolerancia o necesidad, o simplemente con menores conocimientos, más rudimentaria legislación o menor capacidad de vigilancia y control[5]. En la misma línea puede situarse la práctica consistente en ubicar las propias instalaciones contaminantes o peligrosas en países que se presentan como "paraísos de la contaminación", exportando así los riesgos inherentes a las instalaciones en cuestión. Las consecuencias trágicas que ello puede llegar a tener en caso de accidente quedaron patentes en el suceso de Bophal (India) en 1984, que se saldó con más de 2.000 muertos por intoxicación de gas[6].

Un tercer factor de internacionalización de los problemas ambientales, menos aparente pero no menos real, deriva del creciente globalismo del sistema económico. En efecto, la desigual regulación a escala nacional de las actividades económicas que afectan al medio ambiente puede tener consecuencias indeseables sobre el buen funcionamiento de

[5] Estas prácticas generaron una profunda inquietud y una reacción internacional enérgica en la década de los ochenta, en respuesta a la cual se adoptó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989 y el Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio de Londres sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias de 1972.

[6] Ver un resumen de este caso en Ch. Zilioli, *Il risarcimento del danno derivante da incidenti industriali transnazionali*, Milano: Giufrè Editore, 1995, pp. 33-45.

los intercambios en el mercado mundial. Las exigencias legislativas de carácter ambiental pueden constituir una desventaja comparativa para las empresas nacionales frente a los productos de otros países cuya legisla- ción ambiental sea menos exigente o simplemente no exista; las restric- ciones a la importación de productos potencialmente perjudiciales para el medio ambiente pueden constituir una barrera comercial encubierta; las ayudas estatales para la modernización ambiental pueden constituir sub- sidios incompatibles con las exigencias de las reglas que rigen el comercio internacional y constituir una forma de *dumping* ecológico. En un mundo caracterizado por la interdependencia económica, se hace necesario un mínimo de uniformidad en las legislaciones ambientales nacionales que afectan a los productos que se comercializan en el mercado mundial.

El profesor Kiss subrayó ya, en su día, que la unificación o, al menos, la armonización de las reglas jurídicas en presencia constituye uno de los objetivos permanentes del Derecho internacional del medio ambiente, por tres motivos esenciales: para unificar el tratamiento legal en los casos de indemnización de las víctimas de la contaminación transfronteriza; para armonizar las legislaciones nacionales en materia ambiental a fin de impedir la producción de grandes distorsiones en los costes de producción y el consiguiente falseamiento de la competencia en el comercio internacional; y para evitar que se favorezca la llamada "exportación de la contaminación"[7].Y esta armonización no puede ser más que el resultado de una acción concertada de los propios Estados en el plano internacional.

Cooperación internacional y factores condicionantes

Todos estos problemas han convencido progresivamente a los Estados de la imperiosa necesidad de incrementar la cooperación inter- nacional para la solución de los problemas ambientales que, cada día con mayor intensidad, amenazan las condiciones de vida de las generaciones presentes y futuras. Pero, la acción desarrollada por los Estados para in- tentar dar respuesta a los problemas ambientales que presentan una di- mensión internacional está condicionada por una serie de factores que revisten una importancia particular.[8]

[7] A. Ch. Kiss. "L'état du droit de l'environnement en 1981: problèmes et solutions", *JDI*, (1981) pp. 509 y sigs.

[8] La ciencia también nos enseña que las condiciones y procesos ambientales varían de una re-

El primer factor relevante es la toma en consideración de los datos que proporciona la ciencia y la técnica, así como la utilización de la tecnología más apropiada para cada situación. Sin embargo, como es sabido, en el mundo en que vivimos la ciencia y la tecnología están también desigualmente repartidos, de tal modo que en muchas ocasiones son los países más desarrollados los que poseen de hecho el monopolio de los conocimientos y el dominio de las tecnologías más avanzadas. Por ello, toda acción eficaz en este marco debe tener en cuenta las exigencias de la cooperación internacional en el plano científico y la necesidad de garantizar, en condiciones equitativas, la transferencia de tecnologías ambientales a los países que no las poseen.

El segundo factor a considerar es el factor económico, es decir, el coste presumible de las medidas a adoptar, que constituye un elemento determinante de la viabilidad real de las mismas. La particular sensibilidad que todos los Estados manifiestan frente a este factor se agrava al tomar en consideración el desigual nivel de desarrollo económico de los diferentes países, divididos por una terrible barrera que separa la creciente opulencia de unos pocos Estados industrializados (los países desarrollados) de la todavía más creciente miseria de la mayoría de los otros países del llamado tercer Mundo (los países en desarrollo). En este contexto, toda acción internacional que no tome en cuenta las exigencias derivadas de las disparidades de desarrollo entre los Estados resultará, a la postre, no solamente esencialmente injusta sino también materialmente ineficaz. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, ha prestado especial atención a los aspectos económicos de los problemas ambientales, proclamando en la Declaración de Río las responsabilidades "comunes pero diferenciadas" de los Estados y asignando a los más desarrollados una responsabilidad pri- mordial.

gión a otra del planeta, de modo que las soluciones aplicables con éxito en un área pueden resultar inconvenientes en otra. Por ello, desde una perspectiva puramente ecológica, las pautas universales deben hacerse compatibles con las soluciones regionales, compaginado el globalismo con la regionalización. Así lo establece, por ejemplo, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) en lo que respecta a la política comunitaria de medio ambiente; en efecto, de acuerdo con lo previsto en el Art. 174, 3 en la elaboración de esta política se tendrá en cuenta *inter alia* "las condiciones del medio ambiente en las distintas regiones de la Comunidad".

El último de los factores en presencia, y sin duda no el menos importante, es el factor político. Los Estados, monstruos fríos, se mueven en razón de sus intereses prioritarios de naturaleza política y las actuaciones internacionales en el terreno ambiental son a menudo meros elementos coyunturales en el diseño estratégico global de su diplomacia. Por este camino, las grandes potencias no han tenido en ocasiones excesivo empacho en practicar abiertamente una política de "doble estándar", en cuya virtud rechazaban en el plano internacional la formulación de principios y reglas que, sin embargo, habían sido establecidos y aplicados desde hace largo tiempo en su propia legislación ambiental interna.[9] Con carácter más general hay que observar también que las relaciones de reciprocidad, que constituyen el denominador común de los comportamientos habituales en el marco internacional, y que se caracterizan por el equilibrio de prestaciones contrapuestas en un intercambio *quid pro quo*, tienen sin embargo escaso margen de aplicación en el plano ambiental. El establecimiento de una reglamentación internacional para la protección de los bienes ambientales posee en general una escasa relación con la técnica del *do ut des* y no conlleva normalmente la obtención de ventajas recípro- cas inmediatas.[10] La ausencia de la acción benéfica de la reciprocidad, en- traña aquí un cierto peligro de desestabilización ya que, como ha señala- do el profesor Kiss, "en una sociedad internacional no institucionalizada la reciprocidad constituye una garantía esencial del respeto a la palabra da- da, gracias al automatismo de la sanción que dicha reciprocidad compor- ta automáticamente".[11]

Y es que, en el campo de la protección del medio ambiente, afloran con mayor pujanza las llamadas relaciones de coordinación, basadas en la idea de interés común.[12] En este como en otros casos, hay que lle-

[9] Tal es el caso, por ejemplo, en lo que se refiere al vertimiento marino de desechos radiactivos, prohibido por la legislación americana desde 1970, pero cuya prohibición en el plano internacional ha sido frontalmente combatida por los Estados Unidos hasta el año 1993.

[10] Por ello, los tratados y acuerdos internacionales, que constituyen el instrumento más común de actuación en el terreno ambiental, ofrecen generalmente una fisonomía más cercana al modelo del "tratado ley", que establece una reglamentación uniforme, que al del "tratado contrato", que organiza un intercambio mutuo de prestaciones entre las Partes contratantes.

[11] A.Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement.* Peardios:ne (1989), p. 19.

[12] Aunque percibidas a contrapié y con un notable retraso histórico, las exigencias de la pro-

var a cabo un difícil proceso de armonización de intereses cuya realización tomará tiempo y esfuerzo pero que, sin duda, responde a un propósito común. Como ha dicho Orrego Vicuña:

> La preocupación por el medio ambiente constituye un interés en el que coinciden los intereses de los Estados y el interés de la humanidad en su conjunto.[13]

Así se reafirma en el horizonte la idea de un patrimonio ecológico de la humanidad, pertenencia común de los individuos que la conforman en el momento presente y de las generaciones futuras. Pero sólo la presión conjunta de la opinión pública internacional y la de las poblaciones locales, especialmente la presión de los votantes en los países democráticos, podrá conseguir movilizar las actuaciones de los Estados en el plano internacional. Así se podrá avanzar hacia el establecimiento de un nuevo orden ecológico internacional que aparece, cada vez más, como un objetivo tan deseable como necesario.

---

tección ambiental se apartan efectivamente de la noción particularista de ventaja mutua, para orientarse definitivamente hacia la satisfacción de unos objetivos que tienen un carácter colectivo. Por encima de los intereses inmediatos de los Estados, que nunca se desvanecen y reflotan en cualquier momento, impera a menudo la idea de interés común, impulsada por un hálito de solidaridad colectiva. Se trata de satisfacer los intereses comunes de los Estados en la protección del patrimonio ecológico mundial, objetivo que se configura a su vez como un interés colectivo de la Comunidad internacional en su conjunto. Ello nos conduce nece- sariamente, como ha escrito E. Brown Weiss, a una redefinición de la idea de interés nacio- nal en el marco del Derecho internacional ambiental: "The traditional definition of national interest, based on the underlying assumption that one state's national interest conflicts with that of other states, is increasingly irrelevant. Environmental protection is not a zero-sum ga- me". "Gobal Environmental Change and International Law: The Introductory Framework". E. Brown Weiss, (Ed) *Environmental Change and International Law*U,Toniktyeod: Nations Univer-
sity Press, 1992, p. 14.

13 F. Orrego Vicuña. "State Responsibility, Liability, and Remedial Measures under International Law: New Criteria for Environmental Protection", en E. Brown Weiss (Ed.), *Environmental*

Change and International Law, Tokyo:United Nations University Press) 1992, p. 158.

II | Evolución histórica: Estocolmo 72, Río 92, Johannesburgo 2002

La “prehistoria” del Derecho internacional ambiental se inicia a comienzos del siglo XX con una etapa marcada por el utilitarismo ambiental y orientada esencialmente a la protección de aquellos elementos del ecosistema que poseían una utilidad para la producción o presenta- ban un valor económico por ser objeto de utilización comercial. Ejemplos de esta orientación son el Convenio de París de 19 de marzo de 1902 so- bre la protección de las aves útiles a la agricultura, el Convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 11 de enero de 1909 relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los domi- nios del Canadá y los Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos-Reino Unido) y de 7 de julio de 1911 (Estados Unidos, Reino Uni- do, Rusia, y Japón) sobre la protección de las focas para peletería. En 1930 se inicia una segunda etapa, que podría denominarse la era de la natura- leza virgen, orientada a la protección de los impresionantes espacios na- turales y riquezas biológicas de los territorios vírgenes sometidos a la co- lonización, especialmente en África y en América. En esta etapa se celebró el Convenio de Londres de 8 de noviembre de 1930 para la conservación de la flora en la zona natural en África y el Convenio de Washington de 12 de octubre de 1940 sobre la protección de la flora, la fauna y las bellezas panorámicas naturales de los países de América. Una tercera etapa, que arranca tras la segunda guerra mundial, constituye el inicio de la preocupación ambiental propiamente dicha y se concreta en una serie de instrumentos convencionales para la protección de las aguas dulces y de las aguas marinas.También se celebraron en este periodo otros convenios internacionales que, aunque perseguían un objetivo diferente, presentaban una indiscutible incidencia ambiental (por ejemplo, el tratado de Washington sobre la Antártida de 1 de diciembre de 1959 o el tratado de Moscú sobre prohibición de ensayos nucleares en la atmósfera en espacio atmosférico y bajo el agua de 5 de agosto de 1963).

La era ecológica propiamente dicha se inicia al final de la década de los sesenta y es también deudora del fermento filosófico que puso en crisis los valores de la “sociedad de consumo” y que tuvo su capítulo más destacado en la llamada “revolución de mayo” francesa de 1968. En los años siguientes, la alarma lanzada por los científicos generó una unanimi- dad espontánea que propició el nacimiento de un nuevo

pensamiento

ecológico o “verde”, al que siguió una movilización ciudadana que alcanzó gran pujanza en algunos países (Estados Unidos, R. F. de Alemania). En el plano internacional, las primeras realizaciones vinieron de la mano de los organismos regionales, tales como el Consejo de Europa, que promovió la adopción de una Declaración sobre la lucha contra la contaminación del aire de 8 de marzo 1968, así como de la Carta europea del agua de 6 de mayo 1968. En el continente africano, la Organización de la Unidad Africana (OUA) promovió la adopción de la Convención africana sobre protección de la naturaleza y los recursos naturales de 15 de septiembre de 1968, que substituyó al Convenio homologo de 1933. Con todo, las principales realizaciones en estos años giraron en torno a la protección del medio marino, amenazado gravemente por una serie de accidentes de contaminación que hicieron saltar la voz de alarma, como el del petrolero panameño *Torrey Canyon* en el año 1967 frente a las costas británicas. Los países ribereños del Mar del Norte celebraron el 9 de julio de 1969 el Convenio de Bonn para la lucha contra la contaminación de las aguas del mar en caso de accidente por hidrocarburos. Más tarde se adoptaron, en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI), una serie de importantes instrumentos tales como el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre intervención en alta mar en casos de acci- dentes que causen una contaminación por hidrocarburos, el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil nacida de daños de contaminación por hidrocarburos y el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971 sobre la constitución de un fondo interna- cional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidro- carburos. También destaca en este periodo el Convenio de Ramsar de 2 de febrero de 1971 sobre la conservación de las zonas húmedas de im- portancia internacional o el Convenio de Londres de 1 de junio de 1972 sobre la protección de las focas antárticas.

La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972

Al final de la década de los sesenta, la ONU tomó la iniciativa de promover una gran reunión internacional sobre los problemas ambienta- les, que fue formalmente convocada por la Asamblea General mediante la Resolución 2398 (XXIII) de 3 de diciembre de 1968. La Conferencia Mun- dial sobre el Medio Humano fue preparada por un

Comité Especial com-

puesto por representantes de 27 Estados y se celebró en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972, con asistencia de 113 representaciones estatales, la práctica totalidad de las organizaciones internacionales gubernamentales y más de 400 organizaciones no gubernamentales, además de algunas personalidades invitadas a título individual y más de 1500 periodistas. Esta primera "Cumbre de la Tierra" constituyó un gran éxito para la Organización convocante y sentó las bases de toda la acción desarro- llada posteriormente en este ámbito.

Los instrumentos adoptados en la Conferencia de Estocolmo no poseen una naturaleza convencional sino un carácter meramente declara- tivo, sin duda porque el momento era más apropiado para el diagnóstico y la adopción de directrices políticas que para la regulación específica por medio de tratados de cuestiones que todavía necesitaban de una cierta maduración. El primero de estos instrumentos es la famosa Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, más conocida como Declaración de Estocolmo de 1972[14]. El texto de esta Declaración se compone de un Preámbulo y 26 principios en los que se abordan las principales cuestiones ambientales que afectan al entorno mundial, sentando los criterios aplicables para su tratamiento a escala in- ternacional y nacional. En general, puede afirmarse que el diagnóstico re- alizado es tan atinado como clarividente, y que el texto de la Declaración todavía hoy resulta admirable por la acertada orientación de la mayoría de sus propuestas, en un terreno tan novedoso como complejo. Los di- versos principios que componen el dispositivo de la Declaración se refie- ren en particular a los fundamentos de la acción a realizar (Principio 1), a los objetivos a lograr (Principios 2 a 7), a la interconexión de los problemas ambientales con otras cuestiones, tales como las disparidades de desarrollo y la efectiva protección de los derechos humanos fundamentales (Principios 8 a 17), a los instrumentos de la política ambiental y, en parti- cular, a la planificación y gestión a escala nacional (Principios 18 a 20) y a la necesaria cooperación internacional en la materia (Principios 21 a 26). La Conferencia de Estocolmo adoptó también un Plan de Acción para el Medio Ambiente, compuesto de 109 Declaraciones[15], relati-

[14] Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo, 16 de junio de 1972. ONU. Doc. A/CONF 48/14, Rev. 1. pp. 2 y ss.

[15] ONU. Doc. A/CONF 48/14, pp. 10-62.

vas a los diversos sectores de actuación, elaboradas en torno a tres ejes fundamentales: evaluación de los problemas, medidas de gestión y medidas de apoyo.

Las directrices establecidas en la Conferencia de Estocolmo de 1972 no resultaron en absoluto letra muerta, como habían vaticinado algunos de los que se quejaron de la falta de carácter jurídicamente obligatorio de los instrumentos adoptados. En el plano institucional, se estableció el Programa de las Naciones sobre el Medio Ambiente (PNUMA), mediante la Resolución 2997 (XXVII) adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1972[16]. Esta modesta institución, cuya misión esencial consiste en proveer orientación ejecutiva (*policy guidance*) y actuar como instrumento catalizador para el desarrollo de programas de cooperación internacional en materia ambiental, está gobernada por un Consejo de Administración compuesto por 58 Estados y cuenta con un "pequeño secretariado" a cuya cabeza figura un Director Ejecutivo. Los gastos administrativos del PNUMA se financian a través del presupuesto regular de la Organización de las Naciones Unidas, estableciéndose ade- más un Fondo para el medio ambiente, nutrido mediante contribuciones voluntarias, para la financiación de nuevos programas ambientales de inte- rés general en el marco del sistema de las Naciones Unidas.

El Derecho internacional del medio ambiente conoció también en los años siguientes a la Conferencia de Estocolmo un desarrollo espectacular. En el plano de los instrumentos de naturaleza declarativa pueden destacarse las contribuciones contenidas en la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados de 12 de diciembre de 1974[17], en los Principios de conducta en el ámbito del medio ambiente en materia de con- servación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o mas Estados, aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA el 19 de mayo de 1978[18] y, sobre todo, en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General el

[16] UNGA, Official Records, 26th Session, Supplement nº 30, pp. 43 y ss.

[17] AG. Res. 3281 (XXIX), Art. 30.

[18] UNEP. Governing Council, Decision 6/14, 19 May 1978 and Decision 6/16 of 18 May 1978. *Co-operation in the field of the environment concerning natural resources shared by two or more*

States.

28 de octubre de 1982[19]. Los años siguientes a la Conferencia de Estocolmo vieron proliferar una multitud de Convenios especializados cuya regulación fue cubriendo progresivamente los diversos sectores del medio ambiente necesitados de protección, tanto en el marco universal como a escala regional. El acervo normativo internacional se enriqueció así con una serie de convenios relativos a la protección de las aguas dulces, a la lucha contra la contaminación de los mares y océanos, a la conservación de la naturaleza, a combatir la contaminación atmosférica, al control de los desechos ... que ponen de manifiesto la importante contribución que la Conferencia de Estocolmo ha presentado para la configuración del Derecho internacional del medio ambiente.

La Conferencia de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el Desarrollo de 1992

El proceso que culminó con la convocatoria de la Conferencia de Río tiene su punto de partida en el denominado Informe Brundtland, que fue publicado en el año 1987 como resultado de los trabajos de la Comi- sión de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.[20] A par- tir de las conclusiones, a veces alarmantes, de este importante informe, se inició un movimiento en pos del llamado "ecodesarrollo", inspirado en la idea de conciliar el desarrollo económico de los pueblos con la salvaguar- dia de los valores ambientales. La Asamblea General de las Naciones Uni- das adoptó el 22 de diciembre de 1989 la Resolución 44/228[21], que puso en marcha el proceso para la celebración de la Conferencia de las Nacio- nes Unidas sobre medio ambiente y desarrollo[22] que se celebró finalmen-

[19] AG. Res. 37/3 de 28 de octubre de 1982. Doc. A/37/51 (1982).

[20] G. H. Brundtland *et al. Nuestro futuro común,* Comisión mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1987. La versión inglesa del informe Brundtland ha sido publicada por: World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, London: Oxford University Press, 1987.

[21] AG. Res. 44/228 de 22 de diciembre de 1989. Doc. A/44/746/Add. 7.

[22] Los trabajos preparatorios de la Conferencia se organizaron en el seno de un Comité preparatorio (PrepCom), que mantuvo cuatro series de reuniones entre 1990 y 1992: la primera en Nairobi, la segunda y tercera en Ginebra y la cuarta y última en Nueva York, donde la mayoría de los temas quedaron definitivamente cerrados. Desde el principio se acordó que

te en la ciudad de Río de Janeiro, entre los días 1 y 15 de junio de 1992[23]. Ciento setenta y seis Estados, en muchos casos representados por sus Jefes de Estado o de Gobierno, así como mil doscientas organizaciones gubernamentales (OI) y no gubernamentales (ONG), que participaban a título de observador, se reunieron así en el seno de la mayor conferencia celebrada, hasta esa fecha, en la era de las Naciones Unidas. Además, otras dos mil quinientas agrupaciones ecologistas de todo signo acudieron al denominado Foro Global 2000, cuyas actividades se celebraron paralela- mente a las de la Conferencia oficial. Otras manifestaciones científicas, téc- nicas y lúdicas tuvieron también lugar en Río en la primera quincena de ju- nio del año 1992, dando así a la metrópolis brasileña un colorido y una atmósfera excepcionales.

El desarrollo de la Conferencia estuvo marcado por la presencia de tres grupos de Estados con orientaciones e intereses distintos, a saber: los países en desarrollo (PED), preocupados sobre todo por un mejor re- parto de las riquezas del planeta; los países desarrollados (PD), más volca- dos hacia la preservación del medio ambiente pero sin olvidar sus dimen- siones económicas y comerciales; y los de los países en transición hacia la economía de mercado (PET), cuyo principal objetivo era conseguir un tra- tamiento particular y más favorable, principalmente en relación con la exención de ciertas contribuciones económicas exigibles a los países des- arrollados.

Los instrumentos adoptados como resultado de la Conferencia de Río se caracterizan por su diversidad, por su complementariedad y por su carácter evolutivo. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que constituye el instrumento central, contiene 27 principios que tratan de establecer los criterios en cuya virtud tendrán que hacerse compatibles las exigencias del desarrollo con las de la protección del medio ambiente. Los convenios sobre cambio climático y sobre la di-

---

las decisiones en el seno del Comité preparatorio fueran adoptadas por consenso, en un esfuerzo por llegar a acuerdos que tuvieran un respaldo general. El Comité prepararatorio estuvo presidido por Tommy Koh (Singapur) y se dividió en tres grupos de trabajo que se ocuparon respectivamente de los temas puntuales (WG I), de los problemas sectoriales (WG II) y de los aspectos institucionales y de financiación (WG III).

[23] El canadiense M. Strong, persona con un amplio *curriculum* en el campo ambiental internacional, fue elegido Secretario de La Conferencia.

versidad biológica son sendos tratados internacionales, destinados a regular estos nuevos problemas que amenazan al medio ambiente mundial. La Declaración sobre bosques contiene 15 principios que establecen la soberanía del Estado sobre sus recursos madereros y el derecho prácticamente ilimitado a comerciar a escala internacional con estos productos, vagamente contrapesado por la evocación genérica del compromiso de proteger las riquezas de los bosques.[24] El Programa 21 es un extenso do- cumento en el que se contiene un plan de acción para el desarrollo sos- tenible al encarar el siglo XXI. Aunque el documento no tiene un valor ju- rídico obligatorio, el Programa 21 constituye un estudio completo y muy bien elaborado, dividido en cuatro secciones en las que se analizan res- pectivamente; las dimensiones sociales y económicas del problema del medio ambiente y el desarrollo, las guías para la conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, el reforzamiento del papel de los principa- les grupos involucrados y los medios para asegurar la aplicación del pro- grama establecido. Cada uno de los 40 capítulos en los que está dividido el Programa 21, traza con relativa precisión los objetivos, las actividades y los medios necesarios para llevar a buen fin el desarrollo sostenible en las áreas respectivas de cada uno. Hay que subrayar, además, que tanto el ECOSOC como la propia Asamblea General de la ONU mantienen una vigilancia continua sobre la aplicación del Programa 21

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible
(Johannesburgo 2002)

La Asamblea General de la ONU, que había realizado ya en el año 1997 una sesión especial con el objeto de revisar la ejecución del Programa 21[25], convocó una Conferencia mundial en la materia a cele-

[24] La declaración sobre bosques configura así un esquema operativo que da total prioridad a las políticas nacionales de desarrollo sobre las necesarias medidas de protección de las riquezas boscosas, siempre que éstas impliquen restricciones en la explotación y en el comercio. Dada la importancia y la dimensión global del problema, habría que esperar que este tímido texto constituya solamente un paso inicial y que en el futuro se proceda a reexaminar el conjunto del problema de la preservación de los bosques, desde una óptica a la vez proteccionista y solidaria. Hay que reconocer, sin embargo, que en los trabajos de Río no se hizo ninguna referencia explícita a la posibilidad de elaborar en el futuro un convenio sobre esta materia.

[25] Convocada por AG. por Res. 51/181 de 20 de enero de 1997. La sesión especial de la AG

brarse en el año 2002.[26] La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible se celebró efectivamente en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, de conformidad con las resoluciones de la asamblea general 55/199 y 56/226. La cumbre llevó a cabo una serie de actos con la participación de asociados, así como un debate general y diversas mesas redondas, aprobando finalmente un Declaración Política y un Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible.[27]

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible es una declaración política que reafirma el compromiso en pro del desa- rrollo sostenible comprometiéndose a construir una sociedad mundial hu- manitaria, equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos. En la declaración se expresa la res- ponsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacio- nal, regional y mundial, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental, pilares independientes y sinérgicos del desarrollo sostenible. También se afirma que la erradicación de la pobreza, la modifi- cación de pautas insostenibles de protección y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible. La declaración reconoce que el medio ambiente mundial sigue deteriorándose y afirma estar resuelta a aumentar rápida- mente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua pota- ble, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la sa- lud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad.[28] También expresa la Declaración el compromiso de los participantes de colaborar para ayudarse mutuamente en varios aspectos, tales como tener acceso a recursos financieros, beneficiarse de la apertura de los mercados, promo-

estuvo precedida de un *Forum* internacional (Rio + 5) celebrado en Río de Janeiro del 13 al 19 de marzo de 1997. Para una síntesis de la sesión especial de la AG, que se celebró del 23 al 27 de junio de 1997, ver el informe del SG: A/52/280 de 14 de agosto de 1997.

[26] AG: Res. 47/190 de 22 de diciembre de 1992; Res. S-19/2 de 19 de septiembre de 1997.

[27] Naciones Unidas. Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto – 4 de septiembre de 2002. Doc. A/CONF.199/20.

[28] La Declaración afirma que esto se realizará "no solamente mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios, sino también mediante asociaciones de colaboración."

ver la creación de capacidad, utilizar la tecnología moderna para lograr el desarrollo y asegurarse de que se fomenten la transferencia de tecnología, el mejoramiento de los recursos humanos, la educación y la capacitación a fin de erradicar para siempre el subdesarrollo. La declaración afirma que el multilateralismo es el futuro y debe configurarse como un proceso in- clusivo (sic) en el que han de intervenir todos los grandes grupos y go- biernos que han participado en la histórica cumbre de Johannesburgo.

El Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible se centra en diez actuaciones concretas concernientes a los temas siguientes: la erradicación de la pobreza, la modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción, la protección y gestión de la base de recursos naturales del desarrollo eco- nómico y social, el desarrollo sostenible en un mundo en vías de globali- zación, la salud y el desarrollo sostenible, el desarrollo sostenible de los pe- queños Estados insulares en desarrollo, el desarrollo sostenible para África, y otras iniciativas regionales. El último capítulo del Plan de Aplica- ción se refiere a los medios de ejecución y al marco institucional para el desarrollo sostenible, insistiendo en la necesidad de su fortalecimiento a nivel internacional, universal y regional así como en el plano nacional, esen- cialmente mediante la participación de los principales grupos interesados.

III | Medio ambiente y desarrollo: el desarrollo sostenible

Las relaciones entre economía y ecología constituyen un punto permanente de reflexión para todos aquellos que se ocupan de los problemas actuales de nuestra sociedad, y en especial para los juristas. En el plano internacional, las múltiples incidencias que la economía proyecta sobre la ecología, no se limitan únicamente a la inevitable consideración de las disparidades de desarrollo entre los Estados (el abismo Norte-Sur) sino que tienen otras manifestaciones más concretas[29]. Como hemos visto, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarro- llo de 1992, ha tratado de sentar las bases para una progresiva armoniza-

[29] Los aprovisionamientos energéticos, el uso de los cursos de agua internacionales, el transporte marítimo y aéreo, los movimientos transfronterizos de desechos y substancias peligrosas,

los vertidos y emisiones a los mares y a la atmósfera y tantas otras actividades habituales en nuestro pequeño mundo, se situan en el punto de confluencia de la economía y la ecología;

ción de los imperativos de la economía y de la ecología mediante la for- mulación de un nuevo paradigma: el desarrollo sostenible.

El concepto de desarrollo sostenible sin duda transciende los lí- mites de la ecología y del pensamiento puramente ambientalista y consti- tuye de suyo un paradigma general que pertenece esencialmente al ám- bito de la ciencia económica. En esta esfera, la noción de desarrollo sostenible traduce una evolución marcada por el tránsito hacia la denomi- nada "economía ambiental" (*environmental economics*), que constituye la nueva frontera del pensamiento económico en nuestros días. En este con- texto se considera que el "desarrollo sostenible" persigue el logro de tres objetivos esenciales: un objetivo puramente económico, la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo, un objetivo social y cultural, la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sis- temas sociales y culturales y la equidad social, y un objetivo ecológico, la preservación de los sistemas físicos y biológicos (recursos naturales *latu sensu*) que sirven de soporte a la vida de los seres humanos. En definitiva se busca integrar las externalidades ambientales en el proceso de decisión económico para hacer posible el concepto de desarrollo sostenible que, según un economista del Banco Mundial, puede definirse como:

> ... un enfoque que permitirá una mejoría continuada de la actual calidad de vida, con una menor intensidad en el uso de los recursos, dejando así a las generaciones futuras un volumen mantenido o incluso aumentado de recursos naturales y otros bienes.[30]

el Derecho internacional del medio ambiente, que ha adoptado desde sus orígenes orientaciones innovadoras y a menudo originales, ha percibido incluso recientemente la necesidad de utilizar instrumentos económicos y comerciales para organizar la protección ambiental a través de la regulación del mercado. Sobre este tema puede verse: R.Tamames. *Un nuevo orden mundial*, Madrid: Espasa-Calpe, 1991, pp. 112-121. Una completa colección de documentos internacionales en la materia en OCDE *Environment and Economics*, París, 1985, IV volúmenes.

30 "... An approach that will permit continuing improvements in the present quality of life at a lower intensity of resource use, thereby leaving behind for future generations an undiminished or even enhanced stock of natural resources and other assets." M. Munasinghe. *Environmental Economics and Sustainable Development*, World Bank Environment Paper Number 3, 1993, p. 1.

En el plano político y jurídico, conviene recordar que la idea del desarrollo sostenible pasó prácticamente desapercibida en los textos que, a principios de la década de los años setenta, configuraron el gran intento fallido de establecer un nuevo orden económico internacional (NOEI). Sin embargo, la idea[31] fue recuperada, aunque sin utilizar expresamente el término, en la Declaración de Estocolmo de 1972, así como en la Estrategia Mundial de Conservación elaborada por la IUCN en 1980[32] y en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982[33]. Pero el origen inmediato del principio del desarrollo sostenible debe situarse en los trabajos que realizó la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, respondiendo al encargo de la Asamblea General de la ONU de elaborar "un programa global para el cambio"[34]. El informe final de esta Comisión, publicado el 20 de marzo de 1987 con el título de "Nuestro Futuro Común" y también conocido como Informe Brundtland[35], concede un papel central al concep- to de desarrollo duradero, que define en estos términos:

[31] En el camino hacia la aparición del concepto de desarrollo sostenible cabe citar las propuestas formuladas en 1973 por Maurice Strong, primer Director Ejecutivo del PNUMA, sobre el concepto de "eco-desarrollo" (que trataba de integrar elementos de racionalidad ecológica y social para superar el enfrentamiento entre las posturas "eco-centristas" y "tecno-centristas"), el Informe de Dag Hammarskhöld, Secretario General de la ONU, titulado *What Can Be Done* (1975) y el estudio de Meadows *et al.*, *The Limits of Growth*,1992.

[32] World Wildlife Fund/UNEP/IUCN *The World Coservation Strategy*, Gland, 1980. La estrategia ha sido revisada y publicada con el título *The Earth: A Strategy for Sustainable Living*, London 1991.

[33] AG. Res 37/7 de 28 de octubre de 1982.

[34] En 1985 se estableció también un grupo de expertos sobre protección ambiental y desarrollo sostenible que preparó un informe para la Comisión Bruntland, terminado en 1986. Ver: Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development, *Environmental Protection and Sustainable Development*, London, Dordrecht, Boston: Graham & Trotman - Martinus Nijhoff, 1987.

[35] Por el nombre de su presidenta Gro Harlem Brundtland, primera ministra de Noruega. Las referencias del presente trabajo están tomadas de una edición oficiosa en castellano gentilmente remitida por la Secretaría de Estado para el Medio Ambiente: Nuestro futuro común, CMMAD 1987. La versión inglesa del informe Brundtland ha sido publicada por: World Commission on Environment and Development, *Our Common Future,* London (Oxford University Press) 1987.

"El desarrollo duradero es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:

- el concepto de "necesidades", en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debe otorgar prioridad preponderante.
- la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras".

Según explica el propio informe Brundtland, el desarrollo duradero debe ser un proceso solidario, que permita alcanzar niveles mínimos de desarrollo a quienes viven por debajo de las necesidades esenciales humanas y que exija una contención del crecimiento para aquéllos que viven por encima de los medios ecológicamente aceptables. Debe ser también un proceso ilustrado, que sepa sacar el mejor partido ambiental de la evo- lución tecnológica y que tenga en cuenta que la evolución demográfica debe estar en armonía con el cambiante potencial productivo del ecosis- tema. Debe ser, finalmente, un proceso equitativo que garantice a todos la capacidad de acceso a los recursos naturales restringidos y que asegure a las generaciones futuras la disponibilidad de los recursos no renovables (o sus sucedáneos) y la pervivencia de las especies vegetales y animales.[36]

> En suma, el desarrollo duradero es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la tecnología y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para sa- tisfacer las necesidades y aspiraciones humanas

El nuevo paradigma del desarrollo sostenible ha puesto fin a va- rios mitos que habían enturbiado la comprensión de los verdaderos lími- tes que impone la preservación del ecosistema planetario para las gene-

[36] El PNUMA ha añadido que el desarrollo sostenible requiere: "The maintenance, rational use and enhancement of the natural resource base that underpins ecological resilience and economic growth (and) implies progress towards international equity". UNEP Governing Coun-

cil Decision 15/2, May 1989.

raciones presentes y futuras. El primero es el mito de la inagotabilidad de los recursos naturales, tanto no renovables (minerales) como renovables (biológicos); el segundo es el mito de la capacidad de resistencia o capacidad asimilativa ilimitada del medio frente a los impactos producidos por las actividades humanas; y el tercero es el mito de la capacidad regenerativa del propio medio ambiente, que le permitiría recuperarse de cualesquiera daños causados al mismo. Ninguno de estos tres postulados tiene hoy vigencia en el campo científico, ni es compatible con el principio de sostenibilidad que constituye el nuevo paradigma.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo ha proclamado el principio del desarrollo sostenible, consagrado como uno de los objetivos fundamentales de la Declaración de Río. El punto de partida de la Declaración es que el "desarrollo sostenible" está orientado a garantizar a los seres humanos el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (Principio 1). En su virtud, se afirma también que la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (Principio 4), que los países desarrollados reconocen la responsabilidad (primordial) que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible (Principio 7), que los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas (Principio 8) y que los Esta- dos deberían cooperar aumentando el saber científico mediante el inter- cambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre éstas, tecnologías nuevas o innovadoras (Principio 9). La Declaración de Río postula también la promoción de un sistema económico y comercial internacional abierto, como uno de los elementos para lograr el desarro- llo sostenible, afirmando en el principio 12 que:

"Los Estados deberían cooperar para promover un sistema eco- nómico internacional favorable y abierto que llevara al desarrollo sosteni- ble de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial para fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se de- bería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas am- bientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales

transfronterizos o

mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional.”

El principio del desarrollo sostenible está llamado así a convertirse en el criterio principal para la reorientación de las políticas económicas de los Estados a escala universal, regional y local y para el logro de un desarrollo compatible con la preservación del medio ambiente.[37] Por lo que respecta a la Comunidad Europea, el TUE señala entre sus objetivos “conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible”[38] y el Artículo 2 del TCE señala que la Comunidad tendrá por misión promover, en particular, “un crecimiento sostenible y no inflacionista”[39]. Asimismo, el (quinto) programa de acción, adoptado por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 1 de febrero de 1993, se denominó precisamente “Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible”[40], y toda su estrategia giraba en torno a este concepto. El 15 de mayo de 2001, la Comisión presentó al Consejo Europeo de Gotemburgo una comunicación titulada “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible”[41], que fue aprobada por dicho Consejo Europeo. Mas tarde, el 12 de febrero de 2002, presento otra comunicación titulada “Hacia una asociación global en favor del desarrollo sostenible”[42], que establecía la postura de la UE para la Cumbre Mundial de Johannesburgo de 2002. El sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, que abracará un periodo de diez años a partir del 22 de julio de 2002, también esta estructurado en torno al principio del desarrollo sostenible.[43] Pero conviene subrayar que la interdependencia de las economías en un mun- do cada vez más unificado y la interacción de los factores ambientales a es-

[37] *Vid. passim* R. Goodland, H, Daly, S. El Srafy, B. Von Droste. (Editors) *Environmentally Sustainable Economic Development: Building on Brundtland*,UBNelEgSiuCmO: , 2nd. ed. 1992. Existe ya una versión en español titulada *Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del Informe Brundtland*, Madrid:Trotta, 1997.

[38] TUE. Preámbulo y Artículo 2.

[39] TCE, Art. 2.

[40] DOCE nº C 138, de 17 de mayo de 1993.

[41] COM(2001) 264 final.

[42] COM(2002) 82 final.

[43] Decisión Nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de julio de 2002

cala planetaria, hacen cada día más impensable un desarrollo sostenible que no posea una dimensión verdaderamente mundial.

Paso a paso, el objetivo del desarrollo sostenible va adquiriendo una implantación progresiva como un nuevo principio del Derecho internacional[44]. Y, mientras se confirma como una nueva norma jurídica, la no- ción de desarrollo sostenible da lugar a nuevos planteamientos y actitudes que tienen ya sin duda una proyección real, pues, como ha escrito G. Handl:

> El desarrollo sostenible es una noción en torno a la cual han comenzado a cristalizar expectativas relativas a la conducta ambiental que son jurídicamen- te significativas[45].

---

por el que se establece el sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente. DOCE L/242, 10, 09, 2002, pp. 1-15.

[44] N. Singh. "Right to Environment and Sustainable Development as a Principle of International Law", *Studia Diplomatica*, 1988, nº 1, pp. 45-61.

[45] "(Sustainable development) is a notion around which legally significant expectations regar- ding environmental conduct have begun to crystallise". *Yearbook of International Environmental Law.*

La doctrina del derecho internacional en América Latina antes de la Primera Conferencia Panamericana
(Washington, 1889)

Héctor Gros Espiell

I

He elegido este tema, que puede parecer superado por la historia e inadecuado, por dos motivos.

•*Primero*, porque la rica historia del Derecho Internacional en América Latina –que tanto ha influido en el Derecho Internacional Universal, proyectando principios originariamente latinoamericanos, sostenidos y afirmados por el Derecho Internacional en América Latina al espacio mundial– debe ser expuesta y difundida en públicos no latinoame- ricanos para su mejor y más amplio conocimiento y difusión.

•*Segundo*, porque el período de la Historia del Derecho Internacional en América Latina, en el Siglo XIX –pero antes del inicio del Panamericanismo y de la influencia determinante de los Estados Unidos, luego de la guerra con España, el establecimiento colonial en Puerto Rico y la independencia de Cuba–, es poco conocido. Sin embargo, este período de la historia de la doctrina internacional en América Latina es rico y valioso. Presenta la característica especial de que esta doctrina no había sido todavía influenciada por el fenómeno del Panamericanismo y no se había planteado aún la controversia esencial durante largos años, de si existía o no un Derecho Internacional Americano, en realidad latinoamericano, distinto del Derecho Internacional General[1]. Esta controversia, que ya hoy

[1] Sobre esta gran controversia, que dividió a la doctrina latinoamericana y cuyos principales exponentes fueron, en la posición afirmativa, Alejandro Alvarez (*Le Droit International Ameri-*

carece de sentido[2], fue sin embargo determinante en la doctrina Internacional latinoamericana desde fines del siglo XIX hasta el fin de las cuatro o cinco primeras décadas del siglo XX[3].

II

1. *¿Cuándo y cómo puede decirse que nace la doctrina latinoamerica- na del Derecho Internacional?*

Durante el largo proceso revolucionario (1808-1830)[4], que condujo a la fragmentación del "Reino de Indias", ya que América no fue, jurídicamente, una "colonia" española, sino un reino o varios reinos unidos

---

cain, 1910), y en la negativa, Sa Vianna, (*De la non existence d'un Droit International Americain*, 1912), véase: Daniel Antokolets, *Tratado de Derecho Internacional Público,Tomo I*, Buenos Aires, 1924, págs. 245 - 260, con referencia además a las posiciones de A. Alcorta y Carlos Calvo en 1883.Véase también: Juan Carlos Puig, *Principios de Derecho Internacional Público America- no*, Buenos Aires, 1952; César Díaz Cisneros, *Derecho Internacional Público I*, Buenos Aires, 1955, págs. 153 - 173; F.M Urrutia, *Le Continent Amercain et le Droit Internationel*, 1928; J.M Ye- pes, *La Contribution de l'Amerique Latine au dèveloppement du Droit International*, R. de C, A. de D. I,Vol 31, I, La Haye, 1930; César Díaz Cisneros, *Origen y Valor de la Concepción de un De- recho Internacional Americano*, Boletín de la Internacional Law Association, Buenos Aires, 1932; Manuel J. Sierra, *Tratado de Derecho Internacional Público*, México, 1947, Capítulo VII; César Se- púlveda, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, Porrúa, México, 1969. Y con un enfoque posterior, más moderno y coherente con los criterios actuales: Juan Carlos Puig, "Derecho Internacional Americano, Nacionalismo Latinoamericano y Régimen Internacional", en *Nuevo Mundo, Revista de Estudios Latinoamericanos*, Caracas, Año I, N° 1, Julio-Septiembre de 1978; Julio Barberis, "Las Normas Jurídicas del Derecho Internacional Americano", en *Curso de Derecho Internacional, XXV*C, 1o9m98it,é Jurídico Internacional, Organización de los Estados Americanos, Washington; Jorge Castañeda, "El Sistema Interamericano, Ficción y Realidad", en *Obras Completas, Tomo III*, México, 1995; Antonio Truyol y Serra, "History of the Law of Nations Regional Developments: Latin America", in: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Pu- blic International Law, Instalment 7 (1984)*, pág. 13.

2 *Vid*. en especial, la crítica de Juan Carlos Puig, expuesta en: *Derecho Internacional Americano, Normativa Latinoamericana y Régimen Internacional*, cit.

3 Fue, en efecto, después de 1950, que la doctrina latinoamericana abandonó esta tradicional controversia.

4 Hay que recordar, sin embargo, que Haití se independizó de Francia en 1801.

a España por la existencia de una “Corona común”[5]-en el caso de los países herederos del Imperio español-, a la separación del Brasil del reino de Portugal y al nacimiento de los nuevos Estados independientes de la América Latina, no hubo en América Latina una doctrina propia del Derecho Internacional.

Existió, eso sí, una importantísima actividad internacional, que acompañó al proceso de la revolución emancipadora, pero no hubo, en cambio y paralelamente, una doctrina, una teoría propia latinoamericana, jurídicamente expuesta, del Derecho de Gentes.

Pero no puede negarse que en el pensamiento de los libertado- res latinoamericanos existió una clara concepción de lo que era el Dere- cho de Gentes y de su aplicación a la Revolución Emancipadora. El Dere- cho de los pueblos a su independencia, el derecho a constituirse consiguientemente en Estados independientes, al reconocimiento de su independencia, a celebrar tratados internacionales, a mantener relaciones diplomáticas, a hacer la guerra y la paz y a utilizar el corso marítimo[6], son algunos ejemplos de esto.

Los conceptos y las ideas doctrinarias que se enunciaban y se aplicaron en la América Hispana y Portuguesa durante los años de lucha por la independencia y de formación institucional, siguieron siendo, en cierta forma, los que resultaban de la doctrina clásica del Derecho Internacional, nacida y desarrollada en la Península Ibérica desde el siglo XVI, sin embargo poco conocida y valorada en América a principios del siglo XIX[7].

---

5 Felipe Ferreiro, *La Fragmentación del Reino de Indiasr*, eBiraor y Ramos, Montevideo, 1981; Fernando Altive - Febres Lores, *Los Reinos del Perú, Apuntes Sobre la Monarquía Peruana*, Lima, 1996; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, Montevideo, 1966, págs. 16 y 17; Ricardo Levene, *Las Indias no eran Colonias*, Buenos Aires, 1951; Demetrio Ramos, *Sobre la Posible Sustitución del Término Epoca Colonial*, Boletín Americanista, N° 1, Barcelona, 1959; Alfonso García Gallo, *La Constitución Política de las Indias Españolas*, Madrid, 1946.

6 Sobre todos estos temas la práctica latinoamericana durante la Revolución Emancipadora, y posteriormente, fue muy rica. Véase, por ejemplo: Carlos A. Maynard, *La Utilización del Instituto de Armamento en Corso por Parte de Artigas a la Luz del Derecho Internacional*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1991

7 Sobre la gran escuela clásica española del Derecho de Gentes, en especial en los siglos XVI y XVII, véase en particular: Luis García Arias, *Historia de la Doctrina Hispánica de Derecho Internacionalt*, heunr ANrussbaum, *Historia del Derecho Internacional*, Ed. Española, Revista de

En los años que siguieron a 1808 –y en los inmediatamente pos- teriores a la Independencia final de los países latinoamericanos–, comen- zaron a conocerse en América Latina las teorías y las doctrinas internacio- nales que a los inicios del siglo XIX se presentaban en Europa y los Estados Unidos[8]. A estas doctrinas se unía el conocimiento de clásicos an- teriores no hispánicos, que comenzaban a circular libremente en la Amé- rica Latina[9]. Y estas ideas, estos principios, estos criterios jurídicos y estas doctrinas, fueron empleadas y utilizadas en la Revolución Emancipadora [10].

III

2. ¿Cuál era la situación del Derecho Internacional hacia 1830, cuando en América Latina comenzaba, lenta y embrionariamente, a elaborarse la doctrina del Derecho de Gentes?

Derecho Privado, Madrid; C. Barcia Trelles, *Francisco de Vitoria, Fundador del Derecho Interna- cional Moderno,*Valladolid, 1928; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law*, Oxford, 1934; Alejandro Herrero y Rubio, *Derecho de Gentes, Introducción Histórica*, Valladolid, 1979; Antonio Gómez Robledo, *Introducción a las Relaciones de Vitoria*o, Errdúitao, rMiaél xPico,
1974; Antonio Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, UNAM, México, 1989.

8 En especial Wheaton y Bluntschli.Véase Héctor Gros Espiell,"El Derecho Internacional en los Años Londinenses de Andrés Bello", en *Bello y Londres*, La Casa de Bello, Caracas, 1989; Héc- tor Gros Espiell, *Bello y el Derecho Internacional*, La Casa de Bello, Caracas, 1989; Carlos Ber- nal, Dos Textos de Derecho Internacional en México Durante el Siglo XIX: en *Un Homenaje a Don César Sepúlveda*, UNAM, México, 1994.

9 En particular, Hugo Grocio, Emer de Vattel, Alberico Gentili, Wolf, Van Bynkerhoek; Kluber Heffter, Martens y Phillimore. *Vid.*, con carácter general, las historias del Derecho Internacio- nal ya citadas de Arthur Nussbaum y Alejandro Herrero Rubio, y el libro de Antonio Gómez Rabledo sobre los fundadores del Derecho Internacional.

10 La irrupción en América Latina de lo que era entonces la moderna doctrina del Derecho In- ternacional en los Estados Unidos, como es el caso de Wheaton, de James Kent y de Joseph Chitty, se encuentra confirmado por su citación amplia o por su aplicación en los más impor- tantes actos y posiciones internacionales de la Revolución Independentista Latinoamericana y en la práctica inmediatamente posterior de los nuevos Estados independientes. Al respec-

to ver: Héctor Gros Espiell, *El Derecho Internacional en los Años Londinenses de Andrés Bello*, cit., págs. 77-79.

El Derecho Internacional era el Derecho Internacional post napoleónico, surgido y desarrollado después del Congreso de Viena de 1815. Era un Derecho Internacional eurocéntrico, esencialmente europeo, -"el concierto europeo"- expandido únicamente hacia occidente, como consecuencia de la irrupción de los Estados Unidos al Mundo Civilizado. El siglo XIX habría de ver, posteriormente, el ingreso a este espacio de Turquía, Japón y China. América Latina, cuyos Estados nacían a la vida independiente, se encontraba en una situación intermedia. No habían aún sido reconocidos como integrantes plenos del Mundo regido por el Derecho Internacional, pero estaban en proceso, en camino, hacia ese final. Algunos autores los consideraban "semi civilizados", con la consecuencia de que a ellos se aplicaba un Derecho Internacional incompleto y parcial[11].

No sería hasta fines de siglo, coincidiendo más o menos con la Primera Conferencia Panamericana de Washington, que se producirá la recepción plena de América Latina en el Mundo Civilizado y la consiguiente posibilidad aplicación a ella, sin reticencias del Derecho Internacional.

El resto del Mundo - fuera de Europa, Rusia, Estados Unidos,Turquía, Japón y China y de la situación intermedia de la América Latina-, era, en los años posteriores a 1830, objeto o campo libre de la dominación colonial y aunque la conducta de las potencias coloniales estaba sujeta al Derecho Internacional, los pueblos objeto de esa dominación que ahora llamaríamos imperialista, no podían invocar derechos fundados en el Derecho Internacional.

IV

3. La doctrina europea del Derecho Internacional en estos años in- mediatamente posteriores a 1830, estaba representada especialmente por Kluber, Hefter, Martens, Manniing, Polson, Wildeman y Phillimore[12].

4. No corresponde aquí hacer el análisis de las obras de estos autores, que hemos realizado en ocasión anterior[13]. Sólo cabe señalar que

---

11 Héctor Gros Espiell, Introducción al libro de F. De Martens, *Rusia e Inglaterra en Asia Central*, Academia Nacional de Historia. Presidencia de la República. Caracas, 1981.

12 Héctor Gros Espiell, *Bello y el Derecho Internacional*, La Casa de Bello, Caracas, 1981, págs 73 - 76.

13 Héctor Gros Espiell, *op. cit.*

ellos –así como algunos autores europeos posteriores de 1815 y anterio- res a 1830–, influyeron en la embrionaria doctrina latinoamericana, en es- pecial con Andrés Bello[14].

En Estados Unidos los dos autores decimonónicos más importantes –con significativa incidencia en América Latina– fueron Henry Wheaton y James Kent[15].

V

5. Hubo en Estados Unidos un hecho político, de profunda proyección internacional y jurídica en América Latina.

Se trata de la Doctrina Monroe, expuesta en un mensaje del Pre- sidente Monroe de 1823[16]. Se trata de una "doctrina" unilateral de los Es- tados Unidos, que jamás comprometió a América Latina, pero que siem- pre, a través de sus múltiples "corolarios", intentó en el siglo XIX –y en parte del XX– impedir la expansión europea en América Latina, para reservarla a la política de intervención de los Estados Unidos, que siempre, bajo distintas formas y modalidades existió siempre, ayer y hoy.

Sin embargo esta "doctrina" no impidió, porque en el fondo no era su verdadero fin, la ocupación militar de las islas Malvinas (Falkland) por Inglaterra en 1832, ni la intervención francesa en México (1860), ni las expediciones punitivas para el cobro de deudas en varios casos, pero en especial en Venezuela (1902).

La doctrina de Monroe sólo ha sido un instrumento de defensa de los intereses de los Estados Unidos, ajena totalmente a los intereses de la América Latina.

6. En América Latina hacia 1830 no existía una doctrina propia, o por lo menos pensada, escrita y publicada aquí, en materia de Derecho Internacional.

---

14 Héctor Gros Espiell, *op. cit.*

15 Héctor Gros Espiell, *op. cit.*

16 La bibliografía sobre la Doctrina de Monroe, especialmente en Estados Unidos, es enorme. Sólo interesa aquí recordar algunos ejemplos relevantes, al respecto, de la doctrina hispanoamericana. Véase: E. Quesada, *La Doctrina Monroe*, Buenos Aires, 1920; Alejandro Alvarez, *La Doctrina de Monroe*, 1924; Camilo Barcia Trelles, *Doctrina de Monroe y Cooperación Internacio-*

Era tributaria en la doctrina escolástica y jusnaturalista española de los siglos XVI y XVII, dentro de los límites ya señalados, de la doctrina europea, tanto la clásica como la decimonónica y de la reciente aparecida en Estados Unidos.

Pero antes de describir brevemente el proceso del nacimiento y desarrollo del Derecho Internacional latinoamericano, es preciso hacer re- ferencia a algunos de los grandes temas jurídico internacionales, simple- mente enumerados ya en el párrafo 3.

El Derecho de los pueblos a su independencia, ya sea aplicando la doctrina clásica española de la retroversión de la soberanía a su fuente originaria, es decir a los pueblos, en caso de acefalía de la Corona[17], o simplemente el derecho a independizarse de una dominación extranjera abusiva o tiránica, inspirándose en el modelo de la Declaración de la Independencia de Estados Unidos o un derecho a la sucesión, dentro de la misma familia reinante, fue sin duda el primer y más importante tema internacional en América Latina. Esta situación aparejaba el consiguiente derecho a constituirse en Estados independientes.

América Latina no mantuvo la unidad del Reino o de los Reinos de Indias. Se desintegró en un conjunto de Estados separados e independientes, desde México en la América del Norte, hasta los Estados centro- americanos y los Sud Americanos en la América Austral.

Los intentos de recuperar la unidad perdida, bajo diferentes formas, de lo que es el mejor ejemplo el Congreso "Anfictiónico" de Panamá, convocado por Bolívar en 1826[18], estaban destinados al fracaso y no tuvieron ni siquiera un principio de realización, aunque sí una importante influencia ideológica.

---

nal, Madrid, 1931; César Díaz Cisneros, *Derecho Internacional Público*, Tea, Buenos Aires, págs. 456 y 457; César Díaz Cisneros, "La Doctrina Monroe ante la Liga de las Naciones", en *Estudios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1926; César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 12 ed. México, 1981; Antonio Gómez Robledo, *Epopeya del Monroísmo*, México, 1934; Carlos Pereira, *El Mito de Monroe*, Madrid, 1931;"Una visión actual –ni norteamericana ni la- tinoamericana"- en Peter Malanczuck, *Monroe Doctrine*, en R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment, 1981, p. 359.

17 Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, cit. págs., 18-19; Juan A. Rebella, *Lo Hispánico en la Acción y en el Pensamiento Político de Artigas*, Montevideo, 1953.

18 César Sepúlveda, *El Sistema Interamericano, Génesis, Integración, DecadenciaM*, Péoxrircúoa,,

El reconocimiento de la independencia de los Estados Latino americanos, fue tempranamente formalizado por Gran Bretaña y los Estados Unidos, a partir de 1825 y 1822 respectivamente, por medio de tratados internacionales[19]. Siguieron, más tardíamente, otros Estados Europeos. Naturalmente el reconocimiento recíproco de la independencia entre los Estados latinoamericanos nunca se puso en duda y, *de jure o de facto*, ese reconocimiento y esas relaciones existieron siempre.

El caso de España merece una referencia separada. El proceso del reconocimiento de los Estados independientes fue tardío y lento. Desde el tratado con México en 1836 hasta el convenido con el Uruguay en 1870, se extiende un lapso de más de treinta y cinco años, caracterizado por complejas negociaciones y difíciles ajustes con el Derecho Constitu- cional español.

La independencia implicó para los Estados latinoamericanos la existencia de relaciones diplomáticas entre sí, con España y Portugal, con otros países europeos y con Estados Unidos, así como a la celebración de tratados internacionales[20].

El derecho a hacer la guerra y la paz, se puso de manifiesto no sólo en la guerra o en las guerras de la independencia contra España, sino contra otras agresiones europeas posteriores, como, por ejemplo, los casos de la agresión anglo francesa contra las Provincias Unidas del Río de la Plata después de 1838 hasta poco antes de 1850 y la francesa contra México que llevó a la constitución del fugaz Imperio de Maximiliano, impuesto por Francia y que finalizó trágicamente en 1867.

Pero además –sin perjuicio de las endémicas guerras civiles latinoamericanas en el siglo XIX–, existieron guerras internacionales entre los nuevos Estados independientes.

La guerra del Pacífico entre Chile y Perú, que involucró también a Bolivia (1879-1883) y la guerra de la Triple Alianza (Argentina, Brasil, Uruguay c/ Paraguay 1865-1870), son tristes ejemplos del "derecho" a la

1974, pág. 18 y siguientes; Antonio Gómez Robledo, *Idea y Experiencia de América*, México, 1958; Raúl Porras Barrenechea, *El Congreso de Panamá* , Lima, 1930. *Vid.* nota 35.

19 César Díaz Cisneros, *Los Estados Unidos y el Reconocimiento de la Independencia Argentina*, Buenos Aires, 1931.

20 Carlos Calvo, *Colección Completa de los Tratados de todos los Estados de la América Latina del año 1493 hasta Nuestros Días,* 1er. Período, 11 vols., 2° Período, 5 vols., 1862-1869.

guerra del que, en ocasiones, se prevalieron los noveles Estados independientes de Latino América. Los consiguientes tratados de paz están, en la base, del futuro Derecho Internacional que existió en la región.

7. Quizás la expresión convencional más común entre los nuevos Estados, –junto con los de reconocimiento de la independencia– fueron los de comercio y navegación entre sí, con Estados Unidos, con Estados Europeos.

En muchos casos estos tratados incluían en sus disposiciones el reconocimiento de la independencia y el establecimiento de relaciones diplomáticas[21].

8. La delimitación fronteriza –los complejos problemas limítrofes– entre los nuevos Estados,– fue la materia que probablemente permitió un más interesante, positivo y trascendente desarrollo al Derecho Internacional en la América Latina del siglo XIX.

Cuatro ejemplos de importancia, pueden darse al respecto: el instituto del *uti posidetis,* la generalización y aplicación del arbitraje para resolver los conflictos limítrofes, el no reconocimiento de las conquistas territoriales resultado de la guerra y la inexistencia de "terra nullius" en América Latina.

En cuanto al *uti posidetis*[22], esta institución de antigua pero hasta entonces confusa, discutible y de limitada aplicación en el Derecho Internacional, sirvió como instrumento esencial para la delimitación territorial

---

21 Antonio Remiro Brotons, *Territorio Nacional y Constitución*, CUPSA, Madrid, 1978, Capítulo II, "El Territorio Español en el Siglo XIX", págs. 15-43, especialmente pág. 28-29, nota 16; Jerónimo Bécker, *La Independencia de América, Su Reconocimiento por España*i,dM, 1a9d2r 2; Jorge Carlet, *El Restablecimiento de las Relaciones entre España y las Repúblicas Hispanoamericanas*, Madrid, 1955; Juan Carlos Pereira y Angel Cervantes, *Relaciones Diplomáticas entre España y América*, Madrid, 1992; Tomás Polanco Alcántara, *El Reconocimiento de Venezuela por España*, Caracas, 1980. El caso del Uruguay es particularmente interesante. Un primer tratado, firma- do en 1841, no fue ratificado, un segundo tratado, firmado en 1846, no fue tampoco objeto de ratificación. Sólo en el tercer intento, el tratado fue firmado en 1870, ratificado mucho tiempo después y entró en vigencia en el año 1882.

22 En la doctrina latinoamericana sobre *uti posidetis*, ver especialmente: Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Bounderies in Latin America: Uti Posidetis Doctrina*, en R. Bernhardt (ed), Encyclope-

de los Nuevos Estados Latinoamericanos. Se reconoció desde 1811 en múltiples tratados entre Estados latinoamericanos, se encuentra en muchas Constituciones y se aplicó en una abundante jurisprudencia.

Significó la aplicación de las antiguas delimitaciones hispánicas -virreinatos, gobernaciones, intendencias, reales audiencias-, para fijar los límites inter estatales. Se invocó también para la fijación de los límites entre los Estados hispanoamericanos y el Imperio del Brasil.

Las dificultades de determinación precisa del *uti posidetis juris* -y la invocación a veces del *uti posidetis de facto*, es decir la ocupación real del territorio en el momento de la independencia, sostenida en ocasiones por Brasil-, no significaron la disminución de su importancia y significación. Es más, el *uti posidetis* implicó la posibilidad de la solución pacífica de las controversias territoriales y limítrofes por la vía del arbitraje, en los que se invocó, aplicó y precisó su naturaleza, elementos y caracteres.

Por lo demás no puede desconocerse la influencia de la doctrina latinoamericana del *uti posidetis* en las posteriores delimitaciones fronterizas africanas y en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia[23].

---

dia of Public International Law, Instalment 6 (1983), pág. 45; H. Suárez, *El Uti Posidetis y los Límites Americanos*,. 1C9h0u9o;cBa Drouet, *La Doctrina Americana del Uti Posidetis Juris y el de Facto*, 1946; Marcelo G. Kohen, *Possession Contestée et Souveranieté Territoriale*, PUF, París, 1997, Capitre VI; Héctor Gros Espiell, *España y la Solución Pacífica de los Conflictos Limítrofes en Hispano América*, Civitas, Madrid, 1984; Julio A. Barberis, *La Regla del Uti Possidetis en las Controversias Limítrofes entre Estados Americanos*, Liber Amicorum José Pedro Montero, Oviedo, 1988; Julio Barberis, las "Normas Jurídicas Propias del Derecho Internacional Americano", en *Curso de Derecho Internacional*, Comité, Jurídico Interamericano, XXV, 1998; Julio Barberis, "La Conception Brésilienne de l'Uti Possidetis", en *uLimberJuAdmgeicMorohamed Bedjaoui,*

Kluber Law International,The Hague, 1999; Julio Barberis,"Un Precedente poco Conocido sobre la Aplicación del Uti Possidetis a un Río Limítrofe que Cambia de Curso", en *El Derecho Internacional es un Mundo en Transformación*, Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga, F.C.V, Montevideo, 1994, Vol. I.

23 Marcelo G. Kohen, *op. cit*. pág. 428 - 433; Marcelo Kohen, *L'influence du Temps sur les Reglaments Territoriaux*, S. F. D. I, Paris, 2000, notes 55-57; Luis Sánchez Rodríguez, "Uti Possidetis: la Reactualización Jurisprudencial de un Viejo Principio", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1988,Vol XI; E. K. M,Yapko,"The African Concept of Uti Possidetis", en *Liber*

Ami- corum Judge Mohammed Bedjaoui, Kluber Law International, The Hague, 1999.

9. El Derecho Internacional naciente en América Latina, ya antes del fin del siglo y luego de las nefastas experiencias de la Guerra del Pacífico (Chile, Bolivia y Perú) y del Paraguay (Argentina, Brasil y Uruguay c/ Paraguay), llegó a afirmar la condena de la conquista resultado de los conflictos bélicos y el principio que "la guerra no da derechos". Como consecuencia, se consideraron nulas las transferencias territoriales resultados de la guerra. Estos principios, codificados después, pero existentes desde fines del siglo XIX, se incluyeron primero en la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo, 1933) y luego de la Carta de la Organización de los Estados Americanos en 1948.

10. En América Latina, en virtud de un viejo principio del Derecho Español, no existía *terra nullius*. Este principio, vigente en el momento de la Independencia, no sólo permitía la plena aplicación del *Uti possidetis*, sino que proscribía la toma de posesión de territorios latinoamericanos por ocupación por parte de potencias no latinoamericanas. Se invocó, entre otros casos, contra la conquista, en la década de 1830, de las Islas Malvinas (Falkand) por Gran Bretaña.

11. La utilización del arbitraje, especialmente para la solución de los conflictos territoriales –pero no únicamente para estas diferencias–, fue otro de los elementos característicos del Derecho Internacional, y de la Política Internacional, en la América Latina en el Siglo XIX[24], en especial luego de 1850.

Pero no fue sólo aplicado el arbitraje a los diferendos entre Estados hispanoamericanos, sino también entre muchos de estos y el Brasil, entre Estados latinoamericanos y países europeos, y entre Estados de América Latina y los Estados Unidos.

No tiene sentido hacer la lista de estos arbitrajes, cuyo inicio se remite a los primeros años después de la Independencia y que, antes de

24 Héctor Gros Espiell, *España y la Solución Pacífica de los Conflictos Limítrofes en Hispano América*, cit. págs. 33-39, 113-115; Francisco José Urrutia, *La Evolución del Principio de Arbitraje en América*, Madrid 1920; César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, cit, 12. ed. pág. 389-397; Juan Zorrilla de San Martín, "El Arbitraje en América" y otros artículos sobre el tema, escritos en 1900, en: *Discursos, Artículos y Notas de Derecho Internacional Público*, Facultad De Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1953.

1889 estaba en pleno auge, pero sí es necesario destacar la significación de esta práctica, su aporte a la delimitación fronteriza plena y estable y, pese a algunos casos lamentables e inicuos[25], su contribución al desarrollo y a la consolidación del espíritu jurídico en América Latina y a la idea de la necesaria proscripción de la guerra y del uso de la fuerza, para resolver los conflictos entre los Estados.

12. El asilo, en sus dos vertientes, el territorial y en especial el diplomático, ha sido una invalorable tradición en Latinoamérica, que se encuen- tra en la realidad durante el siglo XIX e, incluso, ha sido materia de tem- prana regulación convencional desde mediados de este siglo, regulación que anticipó el gran desarrollo del tema en el siglo XX, incluso en trata- dos multilaterales un poco anteriores, como el de Montevideo de 1889 y luego en el marco del Sistema Interamericano[26].

13. Es imposible no hacer referencia a la temprana posición latinoamericana sobre problemas relativos al mar territorial, a los ríos internacionales y a la libre navegación, temas ya nacidos y desarrollados embrionariamente antes de 1889.

Con respecto al Derecho del Mar, la primera doctrina latinoame- ricana sostuvo el principio de la proyección territorial sobre el mar y el derecho a la apropiación de sus riquezas[27]. Afirmó también la libre nave- gación en el alta mar[28]. Estos criterios doctrinarios precedieron la poste- rior posición política y jurídica latinoamericana al respecto.

---

[25] Héctor Gros Espiell, Prólogo al libro de Federico Martens, *Rusia e Inglaterra en Asia Central*, cit; Héctor Gros Espiell, "Federico Martens y el Arbitraje, Dos Sentencias contra América Latina", *Revista Internacional y Diplomática*, N° 374, México, 1982; Héctor Gros Espiell, "John Westlake y el Laudo Arbitral Anglo Venezolano de 1899", *Revista Internacional y Diplomática*, N° 377, México, 1982; Héctor Gros Espiell, "Martens, Westlake y Laudo Arbitral de 1899", *Boletín de la Academia Nacional de Historia*, N° 264, tomo LX, Caracas, 1983.

[26] Manuel Vieira, *Derecho de Asilo Diplomático*, Facultad de Derecho, Montevideo, 1961; Julio A. Barberis, *Las Normas Jurídicas*, cit.

[27] Isidro Morales Paúl, *La Contribución de Don Andrés Bello a la Formulación de los Principios del Derecho Internacional en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983; K. Nwerhid,"Andrés Bello: Padre Espiritual del Mar Patrimonial", *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas*,1N, C°aracas, 1973; Julio A. Barberis,

[28] *Ibídem.*

ccpt. .

La libertad de navegación fluvial fue en tema muy controvertido en América Latina en el siglo XIX. La inicial posición negativa, para evitar la penetración europea y de Estados Unidos y la limitación de la sobera- nía fluvial, fue seguida a partir de los años 50 por la apertura y el recono- cimiento de esta libertad, particularmente en el Río de la Plata, en el Pa- raguay, en el Uruguay, en el Amazonas y en sus afluente y en el Orinoco. Esta tendencia marcó luego la solución política definitiva en el tema[29].

14. La no intervención fue desde el nacimiento mismo de los Estados latinoamericanos un principio internacional esencial que constituía la defensa necesaria de su existencia, la proyección de su soberanía y la afirmación del necesario respeto de su integridad territorial y de la igualdad jurídica de los nuevos Estados entre sí y ante los Estados extracontinentales[30]. No era este un principio para ser afirmado teóricamente, sino un criterio político virtual ante las reiteradas, antijurídicas e imperialistas intervenciones provenientes de Estados Unidos y de algunas potencias europeas.

La lucha por el reconocimiento del principio de la no-intervención cubre todo el siglo XIX y se mantiene, hasta hoy, luego de los logros obtenidos para su reconocimiento, ya en el siglo XX, en la Conferencia Panamericana de Montevideo (1933), en la Conferencia de Buenos Aires de 1936 y en la Carta de Bogotá de 1948.

15. La acción por el respeto de la soberanía y la integridad de los nuevos Estados latinoamericanos, encontró un campo de especial relevancia, en la oposición a todos los intentos intervencionistas de cobro compulsivo de las deudas, basados en el no reconocimiento de la jurisdicción nacional.

Esta línea de conducta internacional, sostenida invariablemente por América Latina en el siglo XIX, en múltiples casos, entre los que hay

---

29 Luis Alberto de Herrera, *La Clausura de los Ríos*, Montevideo, 1920; *Por la Verdad Histórica*, Montevideo, 1946; Héctor Gros Espiell, Prólogo a la Edición de *La Clausura de los Ríos de la Cámara de Representantes*, Montevideo 1990; Julio A. Barberis, *op. cit*, págs. 28 y siguientes, con precisa indicación de los tratados celebrados luego de 1851 y con abundante bibliografía.

30 Isidro Fabela, *Intervention*, Pedone, Paris, 1961, con buena bibliografía latinoamericana al res-

pecto; Isidro Morales Paúl, *op. cit*.

que destacar la actitud mexicana contra la intervención de Francia, Gran Bretaña y España en 1861, encuentra su cristalización jurídica, recién entrado el siglo XX, en 1902, ante los intentos alemanes respecto de Venezuela, en la histórica doctrina Drago, que toda Latino América respaldó[31].

Lo mismo puede decirse del necesario respeto a la jurisdicción territorial y de la inadmisibilidad de las pretensiones de los extranjeros de ha- cer jugar un tratamiento distinto al de los nacionales, con una eventual in- tervención de la jurisdicción de su nacionalidad, principio cristalizado en la doctrina o cláusula Calvo, compartida y aplicada por toda América Latina[32].

16. Todo esto está en el origen y el fundamento de la solidaridad latinoamericana, del principio de que el ataque o la agresión a un Estado Americano, constituye un ataque, una agresión, a todos ellos que genera un derecho a la legítima defensa colectiva.

Esta idea que encuentra expresiones en toda América Latina en el Siglo XIX, puede ejemplarizarse con la constante actitud uruguaya, desde la expresión al respecto tenida por José Gervasio Artigas en 1817, hasta la nota uruguaya firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno de Manuel Oribe, Gerónimo Villademoros en 1846, hasta la misma tesis expuesta por el Gobierno uruguayo en 1917[33].

---

31 Juan Zorrilla de San Martín,"Venezuela, Nuestra Hermana" y otros artículos escritos en 1902 y reunidos en: *Discursos, Artículos y Notas de Derecho Internacional Público*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1953; Luis Alberto de Herrera, *La Doctrina del Uruguay*, Montevideo, 1916; Isidro Morales Paúl, *ocipt*.. 3p6áyg.siguientes; Luis Ma. Drago, *La Repúbli- ca Argentina y el Caso de Venezuela Drago y el Interés*, Buenos Aires, 1903; Luis M. Drago, *Co- bro Coercitivo de Deudas Públicas*, Buenos Aires, 1906; Ernesto Quesada, *La Doctrina Drago*, Buenos Aires, 1955, pág. 481 y siguientes, con completísima bibliografía; Holger H. Herwig y León Helguera, *Alemania y el Bloqueo Internacional de Venezuela*, 1902/03, Caracas, 1977; Gre- gorio Pérez Corona, *La Doctrina Drago y su Proyección Actual*, UNAM, México, 1965.

32 César Sepúlveda, Antonio Martínez Báez y Alfonso García Robles, *Carlos Calvo, Tres Ensayos Mexicanos*, con Prólogo de Antonio Gómez Robledo, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1974; F. García Amador, "Calvo Doctrine", in R.. Berhardt (ed), *Enciclopedia of Public International Law*, 8, 1985, pág. 62; C. Sepúlveda, *La Responsabilidad Internacional del Estado y la Validez de la Cláusula Calvo*, 1944; Héctor Gros Espiell, "Carlos Calvo y Andrés Bello", en

Bello y el Derecho Internacional, cit, págs. 109 - 115.

33 Luis Alberto de Herrera, *Los Orígenes de la Guerra Grande*, Montevideo, 1941; Héctor Gros

17. Antes de la Conferencia de Washington de 1889 –que está en el origen del Panamericanismo y que fue convocada por el Gobierno de los Estados Unidos[34]– se celebraron varias conferencias jurídicas latinoameri- canas o hispano americanas.

Sin duda la primera fue la Conferencia Anfictiónica de Panamá de 1826, convocada por Simón Bolívar en 1824 con la finalidad de formar una Confederación "en orden a alcanzar un sistema de garantías que, en la guerra y en la paz, sea el escudo de nuestro destino..." . Sólo asistieron cuatro gobiernos (Gran Colombia, México, Centro América y Perú). El Tratado de Confederación fue ratificado sólo por Colombia y jamás tuvo vigencia[35].

18. La Conferencia de Lima de 1847 - 1848, a la que concurrieron Bolivia, Chile, Nueva Granada, Ecuador y Perú, aprobó un Tratado de Confederación y uno de Comercio y Navegación, que no fueron ratificados.

En 1856 se reunieron en Santiago de Chile, Perú, Ecuador y Chile. Se firmó un Tratado multilateral de amistad, comercio y navegación. No tuvo vigencia, pues no se ratificó[36].

Espiell, "Oribe y la Solidaridad Americana", en *De Diplomacia e Historia*, 2a. Edición, Asunción 1991, págs. 162 - 166; Héctor Gros Espiell, "Baltasar Brum y la Política Exterior", en *Hoy es Historia*, N° 61, Montevideo, 1994.

34 Alejandro Tudela Chopitea, *La Primera Conferencia Internacional Americana (1889-1890)*, OEA, N° 445, Washington 1990; Aureliano Rodríguez Larreta, *Orientación de la Política Internacional de América Latina*, Vol. II, Montevideo, 1938.

35 J. M.Yepes, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas*, 1955; Francisco Cuevas Cancino, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas*, 1826-1954, Caracas, 1955; José Joaquín Cancedo Castilla, *iEclaPnaisnmaomer* ,ABirueesn, o19s 61; Ismael Moreno Pino, *Origen y Evolución del Sistema Interamericano*, México, 1977; Ricardo J. Alfaro,"Signification Internationale du Congres de Panamá de 1826", en *Hommage d'une Génération de Juristes au President Basdevant*, Pedone, Paris, 1960; Graciela Soriano, *Introducción, Escritos Políticos de Simón Bolívar*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, págs. 31, 36-38. *Vid*. nota 18.

36 J. M.Yepes, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas,* 1955; Francisco Cuevas Cancino, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas*, 1826-1954, Caracas, 1955; José Joaquín Cancedo Castilla, *El Panamericanismo*, Buenos Aires, 1961; Ismael Moreno Pino, *Origen y Evolución del Sistema Interamericano,* México, 1977; Ricardo J. Alfaro, *Signification Internationale du Congres de Panamá de 1826, en Hommage d'une Génération de Juristes au President*

Al Congreso de Lima de 1864-1865 asistieron siete países latinoamericanos. Se proyectó también un tratado de Confederación que tampoco nunca fue ratificado[37].

Luego de estos fracasos de los congresos federalistas hispanoa- mericanos, hubo reuniones de juristas, como la de Lima de 1877, concen- tradas en cuestiones de Derecho Internacional Privado. Fue la misma ma- teria del Congreso de Montevideo, al que concurrieron Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Chile y Perú, celebrado pocos meses antes de la Conferencia de Washington y que adoptó los históricos tratados de Derecho Internacional Privado, en vigor y aplicados exitosamente.

La Conferencia, de Washington, rompiendo con la línea anterior, reunió a los países latinoamericanos con Estados Unidos y marcó el inicio del Panamericanismo y, con ello, el comienzo de una fórmula distinta, que quebró la tradición latinoamericana y determinó, en gran parte, el futuro político del Derecho Internacional en América toda, con la proyección determinante, aunque siempre crítica y conflictiva, de los Estados Unidos, de su fuerza y de su poder sobre una América Latina dividida y débil. A esta influencia no podía ser ajena la doctrina latinoamericana del Derecho Internacional posterior a 1889[38], que aunque supo mantener sus caracteres propios y distintivos y su autonomía conceptual, no podía mantenerse ni ajena ni ignorante a todo lo que significaba, a partir de 1889, el nuevo fenómeno del Panamericanismo.

Pese a todos los esfuerzos malabarísticos que se han hecho para unir el ideal bolivariano –de naturaleza latinoamericana. con el Panameri-

---

Basdevant, Pedone, Paris, 1960; Graciela Soriano, *Introducción, Escritos Políticos de Simón Bolívar*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, págs. 31, 36-38.Véase nota 18.

37 Alberto Ulloa, *Congresos Americanos de Lima*, Lima, 1938; Arturo Ardao, op. cit. págs. 101-109.

38 Héctor Gros Espiell, *Bello y el Derecho Internacional*, Caracas, 1989; Isidro Morales Paúl, *La Contribución de Don Andrés Bello a la Formulación de los Principios del Derecho Internacional en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983; Guillermo Lagos Carmona, *Andrés Bello, El Maestro del Derecho Internacional*, Santiago de Chile, 1982; Manuel Antonio Arango, "Andrés Bello, Internacionalista Americano", en *Andrés Bello, Antología*, Oficina de Educación Iberoamericana, Madrid, 1981; Jorge Gamboa Correa, *Andrés Bello Internacionalista*, Santiago de Chile, 1951, Ricardo Montañés Bello, "Andrés Bello Internacionalista", *Revista Chilena*, Año XIII, 112, Santiago de Chile, 1929.

canismo, con la fórmula interamericana-, es evidente que política y jurídicamente son sistemas absolutamente diferentes y hasta opuestos[39].

El Panamericanismo, a partir de 1889, sepultó al Latinoamericanismo, que habría de renacer mucho después, a finales del siglo XX, con fórmulas como las de Contadora, del Grupo de Río, OPANAL, OLADE, ALALC Y ALADI.

VI

19. Es incuestionable que la doctrina latinoamericana del Derecho Internacional aparece con Andrés Bello[40]. Nacido en Caracas, habiendo vivido en Londres, su producción jurídica se formalizó durante su larga estadía en Santiago de Chile en donde murió.

En 1832 en Santiago publicó sus *Principios de Derecho de Gentes*, reeditado en Valparaíso con ampliaciones y con el título de *Principios de Derecho Internacional*, en 1844 y en 1864, y luego en prácticamente todas las capitales latinoamericanas.

Bello influyó en la totalidad de la doctrina del Derecho Interna- cional que iba a desarrollarse después de él, fijó los grandes temas a estu- diar, encaró la cuestion de la solidaridad americana y señaló los principios que luego habrían de ser expuestos en el proceso de creación doctrina- ria del Derecho Internacional en América Latina. Fue, asimismo, a través de él, que se recibió en esta América lo esencial de la doctrina estadouni- dense y europea de la época [41].

---

39 Antonio Remiro Brotons, *La Hegemonía Norteamericana, Factor de Crisis en la OEA*, Bolonia, 1972; Minerva M. Etzioni, *La Mayoría de Uno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973; Héctor Gros Espiell, *Le Processus de la Reforme de la Charte de l'Organisation des Etats Americains*, Annuaire Francais de Droit International. 1968.

40 Héctor Gros Espiell, *Andrés Bello y el Derecho Internacional*, La Casa de Bello, Caracas.

41 Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, *Rafael Caldera, Andrés Bello*, Seghers, París, 1972, Chapitre V (Le Juriste), págs. 124-141; Alamiro de Avila Martel, *Andrés Bello*, Editorial Universitaria, Santiago 1981, Cap. IV, (El Jurista), págs. 52-65; Fernando Murillo Rubiera, *La Solidaridad Americana en el Pensamiento Internacionalista de Andrés Bello*, Madrid, 1986; Fernando Murillo Rubiera, *Andrés Bello: Historia de una Vida y de una Obra*, La Casa de Bello, Caracas, 1986, Capítulo VI, 5, pág. 344-404; Andrés Bello, *Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional*, I, Prólogo de Eduardo Plaza, Caracas, 1954.

20. Después de él, y siempre antes de 1889, hay un florecimiento, siguiendo el camino abierto, del Derecho de Gentes en Latinoamérica.

Veamos algunos ejemplos:

En Argentina, en estos años iniciales, el Derecho Internacional está representado por dos figuras: Juan B. Alberdi y Carlos Calvo.

Alberdi, ilustre publicista y político argentino, publicó en Chile, en 1844, una memoria sobre la conveniencia y los objetivos posibles de un Congreso General Americano, en que se examinara el contenido de un Derecho Internacional Americano (Hispano Americano). Este texto ha hecho que se le haya atribuido el carácter de fundador del Derecho Internacional Americano[42].

Pero fue el argentino Carlos Calvo, nacido en Montevideo, en 1829 y con larga residencia en París, muerto en 1906, autor de una obra extensa y monumental[43], el que sin duda debe ser considerado, junto con Andrés Bello, como el más grande maestro del Derecho Internacional decimonónico en América Latina. Es un verdadero ejemplo de la doctrina de este Derecho en nuestra América[44].

Tanto Bello como Calvo se inscriben en una línea doctrinaria que se funda en la distinción entre el Derecho de Gentes natural, llamado también "teórico" o "filosófico", y el derecho de Gentes voluntario, "convencional" o "positivo"[45]

---

42 César Díaz Cisneros, *Alberdi, El Fundador del Derecho Internacional Americano*, Buenos Aires 1930. Sobre los conceptos jurídicos de Alberdi, expuestos ya en 1837, Véase: Arturo Ardao, *El Encuentro de Lamas y Alberdi*, Historia, Año I, N° 1, Montevideo, Febrero de 1942.

43 Carlos Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique*1, P8a6r8is,y 1880; Carlos Calvo, *Co- lección Completa de los Tratados de todos los Estados de la América Latina desde 1493 hasta nuestros días, 1862-1869*; Carlos Calvo, *Una Página del Derecho Internacional de la América del Sur ante la Ciencia del Derecho de Gentes Moderno*, Durand, Paris, 1864 (la 2a. edición se publicó en Asunción del Paraguay en 1985 con el título *La República del Paraguay y sus Relaciones Exteriores, Una Página de Derecho Internacional*) con prólogo de José Félix Fernández Estigarribia.

44 Antonio Gómez Robledo, Antonio Martínez Báez, Alfonso García Robles y César Sepúlveda, *Carlos Calvo*, México, 1974; Jorge Aja Espil, *Un Jurista Americano, Carlos Calvo*, 3er. Curso de Derecho Internacional, Comité, Jurídico Internacional 1976, Washington, 1977.

Lo que caracteriza la obra de Calvo es su saber enciclopédico para la época, su extensión, su universalidad y su equilibrio entre los fundamentos históricos o filosóficos y el tratamiento positivo y pragmático de los temas internacionales del momento, como el que dio origen a su histórica doctrina[46].

21 En el Perú es una referencia obligada la obra de José María Pando, publicada en Madrid en 1843 y reeditada en Valparaíso en 1848.

Su libro se titula *Elementos de Derecho Internacional*. Similar en su estructura, en los temas tratados y en las soluciones dadas a la obra de Bello, este trabajo ha sido calificado como un plagio[47].

22. En el Brasil, además de José María Avelar Brotero, cuya obra se publicó en 1836, de la de Antonio Vasconcellos editada en 1864, de Martha Albuquerque y de Pereira Pinto[48], hay que destacar la obra de Silvestre Pinheiro Ferreira[49], que influyó en Brasil, en Portugal y en el Uruguay.

23. En Colombia se señala la obra de M. M. Madredo aparecida en 1874[50].

---

45 A. Truyol, *Doctrines Contemporaines du Droit de Gens*,aPries,d1o9n5e1, ,Ppág. 232 (100).

46 *Vid*. nota 32.

47 Diego Barrios Arana, "Un Plagio del Derecho Internacional de Bello", *Revista Chilena de Historia y Geografía*, t. XXXIII, N° 77, Santiago, 1933; Héctor Gros Espiell, "La Infuencia del Derecho Internacional de Bello Durante la Vida de su Autor", en *Bello y el Derecho Internacional*, pág. 90.

48 Vicente Marotta Rangel, "Primeros Escritos sobre Direito Internacional no Brasil, Problemas Brasileiros", *Revista Nacional de Cultura*, Año XV, N° 170, 1977.

49 Luis García Arias, *Historia de la Doctrina Hispánica del Derecho Internacional*, Madrid; Hildabrande Accioly, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Madrid, 1958, pág. 709; Héctor Gros Espiell, *La Influencia del Derecho Internacional de Bello*, cit, pág. 101 y 102; Carlos Bessa, "Um Proyeto de Confederaçao de Silvestre Pinheiro Ferreira no tempo de Bolivar", II Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia, Madrid, 1994.

50 Héctor Gros Espiell, *op. cit*, pág 103.

24. En Bolivia, las Nociones de Derecho Internacional Moderno de Federico Diez de Medina[51].

25. En México la muy importante obra de José Díaz Covarribias que, además tradujo el libro de Bluntschli, *El Derecho Internacional Codificado*, editado en 1871[52].

En la referencia al pensamiento jurídico y político internacional doctrinario mexicano en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XIX no puede faltar la mención de Luis Ignacio Vallarta, especialmente en cuanto al concepto de soberanía y al principio de no intervención[53].

26. José Cecilio del Valle puede considerarse como el político y jurista centroamericano que, en la primera mitad del siglo XIX, expresó mejor el pensamiento de América Central relativo a la deseable Unión o Confederación Americana, en el marco de la continuidad del pensamiento bolivariano y de la proyección del Congreso de Panamá[54].

27. yEnhaeyl Uqurueghuaacer referencia a tres figuras, Gregorio Pérez Gomar, Alejandro Magariños Cervantes y Juan Zorrilla de San Martín.

Gregorio Pérez Gomar es autor del *Curso Elemental de Derecho de Gentes*, publicado en Montevideo en dos volúmenes en 1864.

Esta obra, al decir de Eduardo Jiménez de Aréchaga "admirable para su época y su circunstancia"[55], cubre la totalidad de lo que entonces podía conceptuarse como la materia propia del Derecho Internacional, su

---

51 Héctor Gros Espiell, *op. cit*, pág. 103.

52 Héctor Gros Espiell, *op.cit*, pág. 103. Un estudio actual de la obra de Cobarrubias se encuentra en: Carlos Bernal, "Dos textos de Derecho Internacional en México Durante el Siglo XIX", en *Un Homenaje a Don César Sepúlveda*, UNAM, 1994, México, 1995.

53 Sergio González Gálvez y César Pérez Saavedra, *Ignacio Vallarta, Reflexiones sobre la Soberanía Nacional*, S. R.E, México, 1995; Antonio Gómez Robledo, *Vallarta Internacionalista*, Porrúa, México, 1987.

54 César Sepúlveda, Prólogo a las *Cartas Autógrafas de y para José Cecilio del Valle*, Editorial Porrúa, México, 1978; Eliseo Pérez Cadalso, *Valle, Apóstol de América*, Tegucigalpa; Louis E. Bumgartner, *José del Valle de América Central*, Editorial Universitaria,Tegucigalpa, 1997; Rafael Leiva Vivas, *Vigencia del Sabio Valle*, Educa, San José, 1980.

55 Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Estudio Preliminar a Juan Zorrilla de San Martín*, *op. cit.*, pág. 33.

naturaleza y sus caracteres. Con amplio conocimiento de los precedentes latinoamericanos, especialmente de Bello y de Piñieiro Ferreira, analizó asimismo la doctrina no latinoamericana de la época, especialmente la norteamericana[56].

Alejandro Magariños Cervantes, que no llegó a publicar una obra completa, escribió algunos trabajos de alto valor. Uno es el prólogo al Tomo II del Curso de Pérez Gomar. Otra es la clase inaugural del Curso de Derecho de Gentes que dictó la Universidad de Montevideo en 1865[57].

Juan Zorrilla de San Martín desarrolló una actividad doctrinaria en Derecho Internacional que se sitúa inmediatamente después de 1889. Pero lo esencial de su obra se ubica, intelectual y políticamente, como si hubiera sido escrita antes de la Conferencia de Washington.

Con un enfoque profundamente espiritualista, de profunda raíz jusnaturalista, su obra impresiona hoy por su agudeza jurídica, su sentido latinoamericano e hispánico y su valentía política[58].

VI

28. La Doctrina del Derecho Internacional, nacida y desarrollada en América Latina antes de 1889, –sobre la base de la reflexión provocada por los problemas internacionales existentes entonces y por la recepción y análisis de la doctrina europea y estadounidense de la época– encaró gran parte de las materias que en siglo XX habrían de constituir el obje- to de su estudio. Es cierto que surgirían nuevos temas y nuevas urgencias y que hay asuntos como la droga, el terrorismo, la democratización y las nuevas formas de intervención, como la mal llamada humanitaria, que do- minan en estos días la agenda internacional.

Es verdad que luego de 1889 la presencia de los Estados Unidos en el interior del Panamericanismo y, su expansión imperialista, en especial en el Caribe y en Centro América, así como los cambios en las influencias teóricas, recibidas habrían de cambiar enfoques tradicionales, acentuando,

56 Gregorio Pérez Gomar, *Curso Elemental de Derecho de Gentes*, 2a. Edición, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos,Tomos I y II, Montevideo 1967.

57 Alejandro Magariños Cervantes, "Discurso Inaugural del Curso de Derecho de Gentes", 1865, *Revista Nacional*, N° 7, Tomo III, Montevideo, 1938, págs. 123-134.

58 Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op.cit*

profundizando o debilitando y desplazando otros. Pero lo esencial no cambió. El gran período de la codificación del Derecho Internacional, que en América Latina se cumplió en las cinco primeras décadas del siglo XX, estaba en embrión y, en cierta forma, era el resultado del pensamiento doctrinario elaborado en esta América en el siglo XIX, después de 1830.

Es por eso que no se puede comprender el Derecho Internacional de la América Latina, el pasado y el actual, sin la referencia necesaria a lo que la doctrina de esta América pensó y expresó en el siglo XIX.

Derecho Internacional Público

Nuevo enfoque de las relaciones colombo-venezolanas. Perspectivas a la solución del diferendo marítimo en el marco del Derecho Internacional y el contexto global de negociación*

Francisco Eudes Mujica B. | Pedro O. Apolinar Rojas

I Introducción

Este análisis está referido al estudio de la situación actual de las relaciones colombo-venezolanas, las cuales se han venido desarrollando en los últimos quince años dentro de un nuevo contexto totalmente dis- tinto a las realidades, a las frustraciones, a las incertidumbres, a las suspica- cias y a las circunstancias históricas que impusieron un tipo de negociación determinada casi exclusivamente por el problema del diferendo de la frontera marítima, dejando de lado un contexto mucho más amplio, exi- gente y que era imperativo histórico y hora de enfrentar de una vez por todas con franqueza, con amplitud y con sincera visión de conjunto, para afrontar realidades que se venían torpemente desconociendo u ocultan- do, a sabiendas de su existencia y de la necesidad de asumirlas tarde o temprano, sin prisa pero también sin pausa para evitar precisamente el da- ño que a las relaciones bilaterales causó ese olvido *ex-profeso* a problemas aún más transcendentales que la propia delimitación de áreas marinas y submarinas.

Es oportuno recordar que las discusiones sobre problemas fron- terizos se iniciaron formalmente entre ambos países en 1830 una vez pro-

* El presente trabajo es parte de la monografía titulada "Las Fronteras de Venezuela con Colombia: Análisis de su evolución histórica, política y jurídica. Perspectivas de la Delimitación de sus áreas marinas y submarinas".

ducida la separación de Venezuela de la Gran Colombia. El Tratado Pombo-Michelena de 1833 fue la primera negociación formal sobre la delimitación de la frontera terrestre entre los dos Estados, el cual fue rechazado por Venezuela.

De 1833 a 1941 mediaron ciento ocho años de negociaciones, acuerdos, tratados, arbitrajes, trabajos de comisiones mixtas que condujeron al Tratado de Cúcuta del 5 de abril de 1941, que dio por concluido el problema de delimitación de la frontera terrestre.

Este Tratado confirmó los errores geográficos y despojos territoriales de que Venezuela fue víctima en virtud del Laudo Español y del Laudo Suizo, así como de las extralimitaciones en que incurrieron los miembros de la comisión demarcadora mixta de 1900.

Habiendo estos instrumentos jurídicos convertido a Colombia en ribereña del Golfo de Venezuela a partir de 1922 cuando se confirmaron los trabajos de la comisión mixta de abril de 1900, y contando como antecedente las hipótesis de trabajo del geógrafo norteamericano Whittmore Boggs en 1951, el incidente en los islotes de Los Monjes en noviembre de 1952, el otorgamiento de concesiones por parte de Colombia a empresas transnacionales de petróleo en áreas del Golfo en 1967; y los primeros contactos oficiales informales entre Colombia y Venezuela durante la administración del Presidente Raúl Leoni; podemos afirmar que así llegamos hasta agosto de 1970 cuando ambos gobiernos firman en Bogotá el *Modus Operandi* que da inicio formal a las conversaciones sobre la delimitación de áreas marinas y submarinas entre ambos Estados.

A partir de este momento la agenda bilateral tan amplia y rica en cuanto a problemas por tratar, se reduce prácticamente durante aproximadamente veinte años en los hechos, al tema de la delimitación de la frontera marítima.

Se convirtió dicho punto en un problema álgido, político, de opinión pública, de posturas demagógicas, y electorales en ambos países, que se tradujo casi inexorablemente en asumir posiciones irracionales, patrioteras y oportunistas que a lo que condujeron fue a reforzar posiciones antihistóricas que le causaron mucho daño a ambos países.

Esta conducta nos llevó a que durante veinte años la agenda se vio marcada por el determinismo del problema del Golfo, el cual nos con- dujo a que en 1987 se produjera el delicado incidente del Caldas, produc- to de la irreflexión, la irresponsabilidad, la torpeza y la creencia por parte del Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, Julio Londoño, de que

colocando un buque de guerra colombiano en aguas absolutamente históricas venezolanas podría allanarse el camino para la intervención de terceros en la solución de la controversia.

Tamaña provocación, no podía conducir a otra cosa que a una radicalización de la posición venezolana y a una clara y firme decisión de todos los sectores venezolanos y de su gobierno para señalarle a Colombia que no habría razón de fuerza que nos llevara a negociar un acuerdo apresurado y a poner en manos de terceros la solución del diferendo.

El gobierno de Venezuela fue claro en que se continuaría la búsqueda de la solución por la vía bilateral sin interferencia de terceros y sin cronograma fijo para alcanzar un acuerdo.

Este hecho condujo a un total enfriamiento y estancamiento de las relaciones entre los dos países por el término de los dos años que media- ron hasta el final del período constitucional del Presidente Jaime Lusinchi.

II | Inicio de la era de la globalidad

A nuestro entender, la nueva dinámica en la relación bilateral fue un éxito de la política exterior venezolana, la cual logró definir con claridad meridiana el gobierno de Venezuela en su declaración oficial del 18 de agosto de 1987, con ocasión del incidente del Caldas cuando el Presidente de Venezuela expresó:

> Entre dos países vecinos como Colombia y Venezuela existen muchos problemas pendientes; la delimitación de áreas marinas y submarinas es tan sólo uno de ellos y no el más importante por cierto. Las vías de hecho no pueden ser el camino para tratar de forzar la voluntad de la otra parte en ninguna cir- cunstancia. En esto quiero ser sinceramente categórico pues no habrá razón de fuerza que nos obligue en contrario, pero de ningún modo discutiremos bajo presión, a plazo fijo o sobre un solo aspecto de la problemática que una parte señalase unilateralmente.Tiene que ser un diálogo abierto sin sobresal- tos y con dimensión de globalidad[1].

---

1 Olavarría, Jorge (1988). *Eenl eGzoulefoladesVde Venezuela*

Este punto de vista de la globalidad como estrategia negociadora por parte de Venezuela queda evidenciada incluso cronológicamente con anterioridad al incidente de Caldas, cuando en la población fronteriza del Arauca, el 14 de junio de 1985, los presidentes Belisario Betancourt y Jaime Lusinchi, en nuestra opinión, dieron inicio a la era de la globalidad en la dinámica de la relación binacional, ratificada la misma en fecha 18 de agosto de 1987 en la alocución dirigida a los venezolanos por el Presidente Lusinchi en ocasión del incidente del Caldas; aunque formalmente encontraremos la materialización de la política de la globalidad en la declaración de San Pedro Alejandrino en Santa Marta cuando se firma dicho acuerdo el 6 de mayo de 1990. En la declaración del Arauca se incorporaron a la agenda entre otros puntos resaltantes, "la economía internacional, la cooperación petrolera, preservación de cuencas hidrográficas, intercambio comercial, energía eléctrica, Agrozulia, visas, transporte, turismo y delimitación de áreas marinas y submarinas" [2].

III Concepto de la globalidad

En opinión de los autores y a los fines metodológicos, el concepto de globalidad debe entenderse como un mecanismo de negociación y metodología de trabajo en virtud de la cual ambos Estados ordenan y organizan en una agenda o inventario previo todas las categorías de problemas que resultan indispensables abordar en las relaciones bilaterales.

La globalidad, pues, está referida como concepto a jerarquizar los problemas de interés mutuo y sus respectivas soluciones dentro de un contexto de negociación a través de diferentes comisiones de carácter técnico, jurídico-político-económico-geográfico y social.

[2] Area, Leandro y Elkea Nieschultz de Stockhausen (1984-1991). *El Golfo de Venezuela: Documentación y Cronología* (InVsotiltsu. tl oy dll)e. Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Gráfica León, srl. pp. 200-203.

IV | Desarrollo de la política de globalidad

Declaración de Caracas (3 de febrero de 1989)

El 3 de febrero de 1989 aprovechando la circunstancia de la to- ma de posesión del presidente Carlos Andrés Pérez, se reunieron en Caracas los presidentes Pérez y Virgilio Barco. Allí se suscribe el denominado *Acuerdo de Caracas* que constituyó el primer acto de materialización de la política de globalidad en los términos ya explicados. En este acuerdo se estableció estudiar los problemas de delimitación por una parte, y por la otra, los problemas fronterizos colombo-venezolanos.

Así mismo, fueron creadas dos comisiones: una de ellas tenía como encargo en un plazo fijado en el mismo acuerdo presentar una lista de problemas a abordar entre Colombia y Venezuela e indicar la estrategia para su discusión y solución, y la otra, para asuntos fronterizos, que debería analizar los problemas sociales y económicos de toda la frontera. Planteó el Presidente de Venezuela que parte de los miembros de la comisión de asuntos fronterizos fueran nativos de los estados fronterizos Zulia, Táchira, Apure y Amazonas. Esta comisión se denominó Comisión para Asuntos Fronterizos colombo-venezolana (C.O.P.A.F.).

Declaración de Ureña (28 de marzo de 1989)

Posteriormente el 28 de marzo de 1989, los Presidentes de ambos países se reunieron en la población de Ureña, en el Estado Táchira y suscribieron la llamada *Declaración de Ureña*. La mencionada declaración estaba animada por los mismos propósitos ya definidos por ambos países para el tratamiento conjunto de la problemática fronteriza dentro del espíritu de la *Declaración de Caracas* que la antecedió. En esta misma reunión de Ureña ambos jefes de Estado designaron los miembros de la *Cmoamneisnió-n Per*

te de Conciliación, por Venezuela fueron nombrados el doctor René de Sola ex-presidente de la Corte Suprema de Justicia y el doctor Luis Echeve- rría ex-presidente de México; Colombia a su vez, seleccionó al doctor Alfonso López Michelsen, ex-presidente de la República y a Diego Cordo- vez, Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador y como quinto miem- bro se escogió de manera conjunta al doctor Adolfo Suárez ex-presidente del gobierno español, quien a su vez presidía dicha Comisión.

Por otra parte, en relación a los altos comisionados se designaron por Venezuela a los doctores Rafael Pizani e Isidro Morales Paúl, y a los doctores Pedro Gómez Borrero y Carlos Holguin por Colombia.

En esa misma declaración en lo relativo a las comisiones que cada país debe asignar a los fines de preparar y estudiar los convenios y tratados para el desarrollo económico y social de las áreas fronterizas, se designaron para presidirlas por Colombia al doctor Enrique Vargas Ramírez y por Venezuela al doctor Ramón J. Velásquez.

Declaración de Ureña (5 de octubre de 1989)

En la continuación de esta política negociadora, los Presidentes Pérez y Barco se reunieron nuevamente en la población de Ureña el 5 de octubre de 1989, en donde suscribieron una serie de instrumentos binacionales, que entre otros aspectos incluye los siguientes:

- Declaración conjunta para enfrentar el tráfico ilícito de drogas, la cual incluye la reactivación de la Comisión Mixta, para la prevención, control y represión del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes de 1978.
- Acta de entendimiento entre ambos países para el estudio conjunto del aprovechamiento integral y conservación de los recursos hídricos del río Carraipía y Paraguachón.
- Declaración sobre el trabajo cumplido por las comisiones nacionales fronterizas colombo-venezolanas.
- Acta de entendimiento entre ambos gobiernos para la reconstrucción y operatividad del equipo de trabajo binacional para el río Arauca.

Declaración de San Pedro Alejandrino, Santa Marta
(6 de mayo de 1990)

En el desarrollo de esta nueva política negociadora se reunieron y suscribieron en Santa Marta la llamada *Acta de San Pedro Alejandrino*, el 6 de mayo de 1990, los presidentes Pérez y Barco. En la misma decidieron ambos jefes de Estado reanudar las negociaciones directas para la delimitación de las áreas marinas y submarinas, las cuales durante nueve

años de interrupción y de tensiones estuvieron a punto de provocar un enfrentamiento naval en aguas interiores del Golfo de Venezuela.

La reanudación de negociaciones en materia de delimitación hace parte de un acuerdo global para enfrentar todos los problemas pendientes entre los dos países que van desde la lucha contra el narcotráfico hasta la regulación de la navegación por los ríos internacionales.

El Presidente de Venezuela fue claro en afirmar que no habrá intervención de terceros en la solución del diferendo. Específicamente en materia de delimitación, ambos países acordaron que las negociaciones serán secretas y ninguna de las propuestas verbalmente o por escrito ten- drán validez o efecto ni podrá oponerse a la otra parte. Según el *Modus Operandi*, si las negociaciones no culminaran exitosamente,"los dos gobier- nos de común acuerdo podrán acudir a un procedimiento de solución pa- cífica no compulsivo a fin de lograr un acuerdo total y definitivo sobre la delimitación de las áreas marinas y submarinas. Además, se señala que no habrá plazo para su terminación y contempla que éstas podrán continuar aun durante el tiempo en que los dos países acudan de común acuerdo a uno de los procedimientos de solución pacífica no compulsivos."

Con respecto al valor jurídico del Acta de San Pedro Alejandrino, cuestionado dicho valor por la ex-funcionaria de la Cancillería doctora Isabel Bacalao Römer, es importante precisar los siguientes aspectos:

1) El Acta de San Pedro Alejandrino no constituye un tratado internacional en sentido formal, en consecuencia no requiere de la aprobación legislativa de conformidad con el artículo 128 de la antigua Constitución Nacional y el artículo 154 de la vigente Constitución que establece: "Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacio- nal deberán ser aprobados mediante Ley especial para que tenga validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente recono- cidos por ella, de ejecutar actos ordinarios de las relaciones internaciona- les o de ejercer facultades que la ley le atribuya expresamente al Ejecuti- vo Nacional".

2) El Acta de San Pedro Alejandrino constituye un *Modus Operandi* y como tal está considerado como acto ordinario de las relaciones in- ternacionales que son de la exclusiva competencia del Presidente de la República de conformidad con el artículo 190, numeral 5° de la Constitu- ción Nacional de 1961 y del artículo 236, numeral 4° de la

actual Consti-

tución, y de la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, artículo 25, numerales 1, 2 y 7.

3) La referida Acta no modifica el Tratado de no Agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial de 1939, suscrito con Colombia que excluye de su aplicación "Los que atañen a los intereses vitales a la independencia o a la integridad territorial de los Estados contratantes".

Por el contrario, la metodología que se ha propuesto para la solución del diferendo en el Acta de San Pedro Alejandrino es clara en dejar sentada que este problema se continuará abordando por la vía "de las negociaciones directas entre las dos partes y además contempla que de no culminar exitosamente las negociaciones *se* requerirá del libre consen- timiento de ambas partes para que el asunto pueda ser sometido a otro procedimiento que en ningún caso sería compulsivo"; con lo cual el Acta recoge que en el caso de la delimitación no se aplica el Tratado de 1939. El Acta de San Pedro Alejandrino ratifica, y en ella Colombia reconoce de forma explícita e inequívoca la posición venezolana de agotar a todo evento el mecanismo de la negociación directa y de no dar resul- tado ésta, acudir a otros procedimientos no compulsivos y siempre que medie el libre consentimiento de las partes, que no es otra cosa aunque esté de más decirlo, que Venezuela unilateralmente no podrá ser forzada en forma alguna a acudir a procedimientos que incluyan la intervención de terceros, evidenciándose así la aplicación del artículo 155 de la Cons- titución Nacional, que consagra el reconocimiento expreso de agotar los medios de solución pacífica de controversias que no son otros que los previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

Refuerza la afirmación del gobierno venezolano y la interpretación de los autores, la declaración de mayo de 1989, dada por el Embajador colombiano en caracas, doctor Pedro Gómez Borrero, quien en medio de la polémica surgida al reactivarse la comisión de conciliación afirmó: "No se ha mencionado que el asunto de la delimitación marítima se vaya a someter a los procedimientos previstos en el tratado de 1939" [3].

En materia de migraciones se estableció evitar deportaciones masivas de inmigrantes ilegales, las expulsiones de los trabajadores sin el pago de salarios y protección legal para ellos y su familia. En materia de

[3] El Diario de Caracas, 19 de mayo de 1991. p. 3 (Suplemento: Golfo: ¿De Venezuela o de Co-

quivacoa?).

preservación de cuencas hidrográficas, la búsqueda de recursos técnicos, humanos y financieros para la conservación y aprovechamiento de los ríos Catatumbo, Arauca, Carraipía y Paraguachón.

En lo que respecta a ríos fronterizos ambos Estados se comprometieron a redactar un nuevo proyecto de Tratado de Comercio y Navegación. En relación a recursos transfronterizos acordaron mejorar los instrumentos legales y técnicos para ampliar empresas conjuntas como la explotación petrolera que ya han acordado las empresas estatales de los dos países en la región Arauca-Apure.

Juramentación de la Comisión Presidencial Venezolana para la Delimitación de las Áreas Marinas y Submarinas

El 7 de mayo de 1990 el presidente Carlos Andrés Pérez juramentó a los miembros de la Comisión Presidencial para la delimitación de las Áreas Marinas y Submarinas con la República de Colombia, y otros temas (hitos, cuencas hidrográficas, ríos internacionales y migraciones). Éstos fueron Reinaldo Leandro Mora, Hilarión Cardozo y Pompeyo Márquez. El 16 de junio de 1990 con ocasión de la visita oficial a Caracas del Presidente de Colombia Virgilio Barco Vargas, se procedió a integrar la Comisión Binacional para la Delimitación de Áreas Marinas y Submarinas y otros temas entre Colombia y Venezuela. Por Colombia habían sido designados Pedro Gómez Borrero, Diego Montaña Cuellar y Douglas Botero Boshell.

Los miembros venezolanos ya habían sido designados y juramentados y a quienes ya señalamos, en ambos discursos los jefes de Estado ratificaron los principios fundamentales del nuevo enfoque de las relaciones binacionales acordados en San Pedro Alejandrino; esto es en materia de delimitación de áreas marinas y submarinas las negociaciones continuarán siendo directas, que éste no es el único problema común y que se seguirá con la política de globalidad en la solución de los problemas que comparten; especialmente se comprometieron ambos países a impulsar los procesos de integración.

Es importante destacar que para esta fecha, 16 de junio de 1990, ya había sido electo el doctor César Gaviria Trujillo como nuevo Presidente colombiano, quien a través de su antecesor le expresó al presidente Pérez su "absoluta identidad con estos propósitos que seguirán enmarcando nuestra relación común".

V | Reafirmación del proceso de globalidad

Período Ramón J.Velásquez - César Gaviria Trujillo

Habiéndose encargado de la Presidencia de la República provisionalmente el doctor Ramón J.Velásquez, y quien para ese entonces pre- sidía la Comisión Presidencial Fronteriza (C.O.P.A.F.), encarga de ésta al doctor Omar Baralt. Durante los seis meses de la gestión gubernamental del doctor Velásquez muy a pesar de la delicada situación política en el pa- ís, por razones que no es el caso abordar, no hay duda que formalmente continuaba la política de Estado de la globalidad.

El presidente Velásquez, no obstante lo breve de su gestión y la difícil circunstancia política, social y económica en que ejerció la máxima responsabilidad pública, prosiguió con la nueva política de Estado ya conocida, lo cual no podría ser de otra manera dada la amplia experiencia pública del doctor Velásquez, su condición de hombre de frontera y la muy acertada decisión del presidente Pérez de designarlo para presidir la C.O.P.A.F. Hay que destacar que el doctor Velásquez es uno de los vene- zolanos que mejor conoce y ha estudiado la realidad fronteriza con Co- lombia por las razones antes expuestas, esto lo hace un experto en la ma- teria con vasto conocimiento acerca de toda la problemática. Fue así como formó parte con el doctor Rafael Pizani y el doctor Isidro Morales Paúl del grupo de contacto que durante un año aproximadamente traba- jó arduamente en la elaboración junto con sus similares colombianos de ese inventario de temas que dio origen a la globalidad.

Período Rafael Caldera - César Gaviria - Ernesto Samper

En febrero de 1994 se inicia la gestión presidencial del Doctor Rafael Caldera, continuándose con la ejecución de la política de globalidad y reafirmándose sus propósitos fundamentales a través de importantes declaraciones oficiales. En la continuación de la misma se suscribe el Acta de la Casa Amarilla el 6 de marzo de 1994 y la Declaración de Miraflores del 11 de octubre del mismo año, suscrita por los presidentes Gaviria-Caldera, Samper-Caldera.

Dentro de esta nueva perspectiva y espíritu de las relaciones con Colombia, viajó a Santa Fe de Bogotá en visita oficial el Canciller venezolano, doctor Miguel Ángel Burelli Rivas, quien en reunión con su homólo-

go de Colombia, doctor Rodrigo Pardo, suscribió una significativa declaración oficial el 11 de agosto de 1995 en que se

> ...comprometieron a mantener la negociación directa y la globalidad en el tratamiento de temas específicos como el diferendo de áreas marinas y submarinas y en sentar las bases de una nueva agenda binacional con prioridad en los factores que contribuyan a fortalecer las relaciones y la cooperación. La declaración subrayó que temas como el diferendo de áreas marinas no será tratado por terceros o mediadores de ningún tipo[4].

Esta declaración oficial se desarrolló dentro del marco de la reunión preparatoria para la visita oficial que realizara el Presidente de Venezuela en septiembre de 1995.

Transcurridos diez años del encuentro en la población fronteriza de Arauca entre los Presidentes Belisario Betancourt y Jaime Lusinchi, la cual se celebró el 14 de junio de 1985, tras el delicado momento y prácticamente congelamiento de toda discusión después del fracaso de la Hipótesis de Caraballeda en octubre de 1980 durante la administración del presidente Luis Herrera Campins, en relación con la delimitación marítima al noroeste del Golfo de Venezuela, podemos afirmar que Venezuela en los años siguientes y más precisamente a finales de 1995 había logrado ensamblar una verdadera y exitosa estrategia negociadora frente a Colombia, que en nuestro concepto cambió totalmente el enfoque tradicional de las relaciones colombo-venezolanas al introducir el concepto de la globalidad en el tratamiento de los problemas comunes pendientes; eliminando *como eje central de las relaciones entre ambos países el problema de la delimitación, desgolfizando como comúnmente se llama este nuevo enfoque de las relaciones binacionales*.

Ha sido tan certera esta política de la globalidad, que las posiciones más radicales tanto en Colombia como en Venezuela han expresado sus voces de disconformidad. Así por ejemplo, el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, ex-Canciller colombiano, en fecha 7 de mayo de 1990, declaró en Bogotá

[4] Frontera. Cuerpo A. Año XI, N° 6856. 12 de agosto de 1995.

> ...que en lugar de avanzar en el diferendo colombo-venezolano Colombia permitió ventajas como la inclusión de otros nueve temas que los dos paí- ses deben resolver antes que el litigio marino. Venezuela se salió con la su- ya para dilatar sin fecha definida la negociación directa anteponiendo al liti- gio asuntos como las migraciones, las cuencas hidrográficas, los ríos internacionales, las drogas, el transporte, los hitos fronterizos. Sólo cuando se hayan solucionado la mayoría de estos asuntos se podrá pensar en re- solver el asunto de la delimitación de áreas marinas y submarinas. Antes de avanzar se ha retrocedido porque ya no se podrá llegar a la instancia de la Corte de la Haya a la que Venezuela siempre se ha opuesto[5].

En Venezuela, como ya se ha podido analizar, se presentan declaraciones igualmente radicales y críticas al proceso de la globalidad, tal es el caso de las emitidas por la doctora Isabel Bacalao Römer, ya referidas en este trabajo, en las cuales cuestiona la importancia del Acta de San Pedro Alejandrino que viene a ser la base fundamental de la política de la globalidad.

Período Hugo Chávez Frías - Misael Pastrana - Álvaro Uribe

Durante los aproximadamente seis años desde el inicio de la administración del presidente Hugo Chávez Frías, las relaciones binacionales han estado evidentemente marcadas más que por la controversia sobre la frontera marítima, por la delicada situación derivada de la particular visión política que tiene el actual gobierno sobre su política exterior y más concretamente a la posición del presidente Chávez sobre el Plan Colombia y la decidida presencia e influencia de la política de Estados Unidos en el destino que se juegan ambos países frente al narcotráfico y la guerrilla colombiana y, por qué no afirmarlo, en toda la región.

A lo largo de estos seis años esta circunstancia política encuentra a ambos países enfrentados en cuanto a sus visiones del fenómeno que afronta Colombia, habiéndose llegado a momentos delicados por incidentes provocados por una parte por la lucha que lleva adelante Colombia frente a la subversión y por la otra a la poca transparencia que el gobierno venezolano muestra en cuanto a la cooperación en materia de segu-

[5] *El Nacional*. D14. Marzo 1990.

ridad y de una posición más firme frente a la subversión como lo denun- cian sectores muy importantes de Colombia.

Inclusive, el proceso de integración dentro de la Comunidad Andina de Naciones desde el inicio de la administración del Presidente Chávez, ha tropezado con decisiones que se han tomado en Caracas y que afectan decididamente el comercio binacional, siendo como es conocido que ambos países tienen las economías más dinámicas, complementarias y el mayor flujo de comercio dentro de la subregión, dando como resultado una disminución sustantiva del intercambio que en sus mejores tiempos tenía un superávit favorable a Venezuela.

Todo esto tiene que ver de alguna manera con la muy particular posición ideológica, propósito, razón, y por qué no decirlo, sin razón en que se fundamenta el proceso de cambio que se ha producido en Venezuela en los últimos seis años.

Ante realidades tan evidentes no podemos caernos a engaños, las relaciones entre ambos países son y continuarán siendo muy difíciles, frías y muy bien calculadas, claro está dentro de un aparente clima de fraternidad, discursos integracionistas, buenos deseos y declaraciones solemnes en razón de la hermandad histórica.

Venezuela, en su manifiesto propósito de crear una especie de entidad geopolítica, dentro de lo que el Presidente expresa reiteradas veces de lucha por un nuevo orden internacional multipolar en contraposi- ción a la política que se genera desde Estados Unidos hacia América del Sur y el mundo en general, en contra de los pueblos en vías de desarrollo; no hay duda que Caracas ve en la política de Bogotá lo que se ha dado en denominar el "Eje Monroista", que apoyado por Washington significa el so- porte de esa política desde Bogotá-Quito-Lima-Santiago de Chile.

En ese juego político de pesos y contrapesos se ve insertada un poco la política exterior venezolana hacia Colombia y en nuestro parecer más que beneficios y ventajas para ambos países en su proceso de inte- gración y desarrollo, lo que nos trae es enfrentamientos, distanciamientos y fracturas que pueden llegar a extremos muy graves como el incidente ocurrido por el caso del narco-guerrillero Rodrigo Granda, llamado canci- ller de las FARC, a mediados del mes de diciembre de 2004, situación és- ta que colocó en grave riesgo la relación bilateral, lo cual comentaremos posteriormente.

Todos estos hechos nos revelan que las relaciones entre ambos países no han sido nada fáciles siempre; por cierto así lo reconocía un

distinguido ex-Canciller colombiano, Alfredo Vásquez Carrizosa, en su libro *Las Relaciones de Colombia y Venezuela: La Historia Atormentada de dos Naciones.*

Esta sin razón de la política exterior venezolana nos ha conducido a que los grandes problemas de la "agenda binacional", o del también denominado "inventario de problemas binacionales", al cual se hará referencia más adelante, y que constituye aún soporte de lo que se ha dado en llamar la Política de la Globalidad, se hayan dejado de lado agravándose en consecuencia los problemas de la inseguridad fronteriza, con todas las secuelas que de ello derivan (narcotráfico, secuestro, migración ilegal, tráfico de armas, contrabando), y problemas tan sustantivos como los relativos a cuencas hidrográficas, particularmente sensibles a Venezuela, trabajos de demarcación y densificación de hitos fronterizos y la misma delimitación marítima al Noroeste del Golfo de Venezuela, entre otros.

No obstante, debemos reconocer como muy positivo y acertado en la política exterior del gobierno, quizás alimentado un poco por ese particular protagonismo político continental al que aspira el Presidente Chávez, ese nuevo liderazgo que sus seguidores le asignan, el que a pesar de lo difícil, compleja y delicada relación con la hermana República de Colombia por los enfrentamientos que se han suscitado en razón de lo que explicábamos *ut supra*, no se haya en estos seis años de gobierno plante- ado abiertamente la discusión sobre la delimitación de las áreas marinas y submarinas al noroeste del Golfo de Venezuela, convirtiéndolo en un te- ma más del debate político entre los dos países.

En esto se ha sido muy mesurado y se ha tenido conciencia de la significación que para los venezolanos particularmente tiene la controversia marítima; el propio Presidente en sus múltiples alocuciones al país siempre ha mantenido un cuidado muy particular en no involucrar esta temática en el a veces agrio discurso en relación a los otros problemas que son muy sensibles en lo político frente a Colombia y que algunas veces han sido abordados por él en términos nada cuidadosos y mucho menos diplomáticos.

En Venezuela ha sido sensato no sólo el gobierno sino también la prensa nacional, y más bien hemos podido observar que algunos medios de prensa de Bogotá han querido activar el tema de la delimitación de las áreas marinas y submarinas para enturbiar las ya difíciles relaciones bilaterales.

Esos sectores colombianos alimentados por poderosos intereses económicos durante los casi cuarenta años de la discusión sobre la deli- mitación, se han dedicado a exacerbar los ánimos en algunos pocos sec- tores anti-venezolanos en los que encuentra eco este propósito.

Por ejemplo, *El Tiempo* de Bogotá en diciembre de 2004 informó que en la última visita del Presidente Chávez a ese país a la ciudad de Cartagena, se había hablado de aspectos relativos a la delimitación marítima, hecho éste que fue desmentido categóricamente por el Canciller venezolano doctor Alí Rodríguez Araque en Caracas; lo que revela lo tendencioso de la información de *El Tiempo* de Bogotá que como ya lo hemos afirmado a lo largo del desarrollo de la controversia marítima siempre esos sectores con sus publicaciones ayudan a tensionar aún más las relaciones bilaterales.

Una rápida investigación hemerográfica de las declaraciones y hechos más resaltantes ocurridos en las relaciones bilaterales durante la administración del presidente Chávez, nos lleva a afirmar que el actual gobierno venezolano reconoce y ratifica la vigencia de la Declaración de San Pedro Alejandrino del 6 de mayo de 1990, instrumento éste que consagra de forma clara los acuerdos allí suscritos y que no son otra cosa que la continuación de la política de la globalidad.

Por ejemplo, señala *El Universal* del lunes 4 de enero de 1999 en trabajo de la periodista Teresa de Vincenzo, que en una de las primeras reuniones entre los presidentes Chávez y Uribe en Santa Marta se conversó sobre la agenda binacional pendiente en materia de utilización estratégica de recursos energéticos, proyectos para la construcción de puentes en Puerto Santander y Boca de Grita, interconexión eléctrica y gasífera, el caso concreto de la interconexión gasífera Ballenas-Maracaibo que Colombia califica de vital para el futuro comercio del gas colombiano y venezolano en el mercado centroamericano. El Presidente venezolano afirmó que este proyecto quedaba supeditado a estudios técnicos, también se habló en Santa Marta de contrabando de gasolina que para Colombia se ha convertido en un problema de carácter social.

El presiente Chávez tomó posesión en febrero de 1999, desde este momento casi hasta agosto del mismo año no se habla de ningún tema relacionado con la delimitación marítima. No obstante, *El Nacional* de Caracas, de fecha 8 de agosto de ese año, destaca las preocupaciones que se han levantado en Colombia por el nuevo texto constitucional venezo- lano en cuanto a la redacción del artículo 10 referido al núcleo

territorial

venezolano, que en esencia tiene el mismo contenido de la Constitución de 1961, pero con un agregado que hace referencia *"a los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad"*.

El Canciller colombiano Guillermo Fernández De Soto acertadamente no entra en la polémica y afirma que no se pronuncia "sobre proyectos y posibilidades". El temor en Colombia era que la redacción del texto constitucional con el nuevo agregado, abriera la posibilidad de revisar o anular tratados o laudos que vinculan a ambos países y sobre los que en Venezuela desde hace muchos años se hacen importantes objeciones.

Dentro de este contexto también hubo declaraciones de los ex- Cancilleres colombianos Augusto Ramírez Ocampo y Alfredo Vásquez Carrizosa, como el politólogo Alejo Vargas y Vicente Torrijos, todos den- tro de la percepción del eventual riesgo para Colombia si en Venezuela se planteara de acuerdo a esta norma el camino de revisar acuerdos inter- nacionales en materia de límites. A nuestro entender el mencionado artí- culo 10 de la Constitución de 1999 lo que consagra sería en relación a los futuros acuerdos que firme la República y que pudieran estar afectados por algún vicio o nulidad, obviamente la República no los reconocería.

Cuatro meses después *El Universal* de Caracas reseña en fecha 3 de diciembre de 1999 la primera reunión formal de los cancilleres de ambos países en Bogotá el 18 de diciembre, el entonces canciller venezolano José Vicente Rangel anunció que se reactivarían las comisiones binacionales, pero descartó enfáticamente que quedaba excluida la cuestión de la delimitación marítima.

Concluido el año de 1999, *El Universal* de Caracas en fecha 4 de enero de 2000, en nota del periodista Antonio Fernández Nays, destaca declaraciones del canciller José Vicente Rangel en las que expresa que la reunión prevista a celebrarse en Bogotá el pasado 18 de diciembre pró- ximo pasado y la cual no pudo realizarse por la catástrofe de Vargas en Venezuela, se realizará a finales del mes de enero en Guasdualito, Estado Apure, con asistencia de los Ministros de Relaciones Exteriores, de Defen- sa y del Interior de ambos países; el objetivo de la misma es definir, según el canciller, los nuevos integrantes de las Comisiones de Asuntos Fronte- rizos y Negociadora así como para evaluar la cooperación militar.

Como podemos observar, fuera de la agenda binacional ha quedado un tema tan importante como la delimitación de áreas marinas y

submarinas.

De esto se revela cómo en el gobierno del presidente Chávez se continúa con la política de la globalidad priorizando otros aspectos distin- tos a la delimitación de la frontera marítima.

Prosiguiendo con esta relación hemerográfica de hechos signifi- cativos ocurridos durante la administración del presidente Chávez y evi- denciándose la sensibilidad que despierta las relaciones con la hermana República de Colombia, encontramos una reseña de *El Nacional* de Cara- cas, de fecha 14 de febrero de 2000, en la cual aparecen declaraciones del general de división en retiro Oswaldo Sujú Raffo, ex-inspector general de las Fuerzas Armadas y presidente actual del Instituto de Estudios Fronte- rizos, en las cuales ratifica y exige al Gobierno la defensa de los derechos territoriales que Venezuela tiene en la zona occidental de los Montes de Oca situada al norte del Estado Zulia, en donde se encuentran las minas de carbón de El Cerrejón, que pertenecen a Venezuela. Afirma que Co- lombia pretende vender a una concesionaria de la Exxon de Estados Uni- dos la zona occidental de los Montes de Oca. El General considera funda- mental que se le indique a la compañía que piensa comprar que esos son territorios venezolanos desde 1528. Aseveró que Colombia también in- tenta incluir aguas venezolanas, concretamente de ríos como el Catatum- bo y el Lago de Maracaibo, en un plan geopolítico para llegar al mar Ca- ribe. Colombia precisó que ambiciona desde hace muchos años llegar al Caribe a través de Venezuela y si aquí se construye Puerto América, para que el vecino país saque sus minerales por el Lago de Maracaibo y el Gol- fo de Venezuela se estarán facilitando esos planes a costa de la soberanía nacional. Si Puerto América es construido para exportar minerales de otro país a través del Golfo, prosiguió, la tesis de la vitalidad de esta área para Venezuela quedará rebatida porque Colombia también esgrimirá el mismo argumento.

No hay duda que la construcción de dicho Puerto es para los in- tereses vitales de Venezuela en el área fundamental, ya que por su posi- ción geoestratégica y por ser un puerto de aguas profundas, el mismo se convertiría en un instrumento vital para el comercio no sólo binacional, si- no hacia el exterior en general; por ser el área una zona de tráfico marí- timo intenso para el comercio de hidrocarburos, gas, y mercadería en ge- neral hacia el Caribe, Centroamérica, Norteamérica y el Pacífico vía Canal de Panamá.

La construcción del mismo ha levantado las naturales reacciones adversas de instituciones como las que representa el General Sujú Raffo.

En opinión de los autores, aun cuando estamos convencidos que la construcción del mencionado Puerto constituiría una ventaja estratégica para Venezuela y su comercio internacional, demostrada la vitalidad de las aguas del Golfo, y que obviamente la utilización del mismo para el comercio entre ambos países y para la profundización del proceso de inte- gración, es también una necesidad; creemos que las declaraciones del ge- neral Sujú tienen fundamento en el sentido de que siempre existirán obstáculos para el avance del proceso de integración, en la medida que no se solucionen problemas de muy vieja data como es el caso específi- co de la zona occidental de los Montes de Oca, situación ésta aún con- trovertida, por definir y demarcar y en donde hay evidencias de claros de- rechos de Venezuela sobre ese sector pendiente de demarcación.

Mientras éste y otros problemas de demarcación no se subsanen con respecto a los derechos de una de las partes, las fricciones e inconvenientes por los que transcurre la relación binacional no se superarán definitivamente afectando el proceso de integración y solución de aquellos problemas que nos separan.

Aun cuando a lo largo de la historia, siempre las relaciones de Venezuela con la hermana República han sido privilegiadas y de una gran prioridad en nuestra política exterior, las circunstancias políticas y los acelerados cambios que se producen en Venezuela con gran intensidad, aunado a esto la confrontación del Gobierno con amplios sectores de la oposición, hacen que la dinámica de la relación binacional se vea de alguna manera comprometida, unido a esto la no clara situación o comportamiento de Venezuela frente a las reiteradas denuncias de cooperación con los grupos armados de Colombia, todo ello ha conducido a que los vitales problemas no se aborden con la frecuencia y prioridad que la realidad impone y más bien se sobrecargue de declaraciones de ambos lados de grupos radicales que a lo que conducen es a enrarecer las ya difíciles relaciones.

Así *El Universal* de fecha 6 de enero de 2001, reseña una información originada en Caracas en relación a que se ha fijado fecha para la reunión de comisiones binacionales.

Según la fuente mencionada el canciller venezolano José Vicente Rangel informaba que las comisiones para la integración y asuntos fronterizos (COPIAF), se reunirían el próximo 22 de febrero en Caracas para reactivar sus funciones. Esta comisión hoy denominada para la integración y asuntos fronterizos, sustituye a la anterior llamada para asuntos fronte-

rizos (COPAF), creada en 1990 y presidida por primera vez por el doctor Ramón J. Velásquez.

La nueva comisión presidencial de integración y asuntos fronterizos estuvo presidida por el eminente profesor jubilado de la Universidad Si- món Bolívar, experto y con una prolija obra escrita en materia de derecho del mar, fronterología y delimitación marítima; y como pocos conocedores de toda la problemática fronteriza, el doctor Kaldone Nweihed, actual em- bajador de Venezuela en Turquía, siendo ésta en nuestra opinión una muy acertada decisión, del Presidente de la República, dada la amplia experien- cia y reconocidos méritos nacionales e internacionales del designado.

También la integran los señores Feijóo Colomine, José María Cadenas, Aurora Morales, Nohemí Pocaterra, Alberto Urdaneta, Leandro Area, Pavel Rondón, el almirante retirado Quintana Castro, el general retirado Troconis Peraza, el director de fronteras general Edgar Salvador Chirino y el capitán retirado José Vielma Mora.

Esta reactivación de la comisión de integración y asuntos fronterizos es una importante noticia y buen augurio en el futuro de las relaciones binacionales durante la presente administración del Presidente Chávez y una confirmación más de la continuación de la política de la globalidad.

En esta misma fecha también se informa a través de un comuni- cado del Ministerio de Relaciones Exteriores, la reunión de la Comisión Presidencial Negociadora, la cual entraría a analizar los temas más delica- dos, como migraciones, cuencas hidrográficas, delimitación de áreas mari- nas y submarinas, ríos internacionales, trabajo de demarcación y densifica- ción de hitos fronterizos. La misma se reunió en la ciudad de Oranjestad, en Aruba. Según la Cancillería se lograron importantes avances durante el encuentro que tuvo como objeto continuar el proceso de negociación en el marco del Acuerdo de San Pedro Alejandrino, suscrito en la ciudad de Santa Marta en mayo de 1990.

El 15 de julio de 2001, el diario El Universal reseña declaraciones dadas en la capital venezolana por el doctor Kaldone Nweihed, presidente de la Comisión Presidencial de Integración y Asuntos Fronterizos (COPIAF), ya no en relación con la agenda binacional de asuntos a ser abordados con Colombia, sino a la polémica surgida en relación a los claros derechos históricos y jurídicos de Venezuela sobre la Isla de Aves.

El presidente de la COPIAF, fue enfático al "ratificar que no hay duda sobre la soberanía venezolana de isla de Aves, la cual Venezuela

ejer-

ce desde 1865 hasta el día de hoy", en virtud del laudo arbitral emitido por la Reina Isabel II de España el 30 de julio de 1865.

Algunas fuentes manipuladas procedentes de los gobiernos y de personalidades de las islas del Caribe Oriental han argumentado que Ve- nezuela piensa en forma arbitraria extender sus derechos sobre la zona económica exclusiva de dichas islas, lo cual es completamente falso dado el apego de Venezuela a los tratados y convenios internacionales ratifica- dos y vigentes sobre la materia.

Retomando el reinicio del trabajo de las comisiones presidenciales según reseña *El Universal* del sábado 6 de octubre de 2001, los cancilleres de Colombia y Venezuela Guillermo Fernández De Soto y Luis Alfonso Dávila, instalarán en Caracas la Comisión Negociadora para las Áreas Marinas y Submarinas; una vez constituida, los cancilleres destacaron la importancia del mecanismo y el interés de mantenerla como foro para abordar los problemas binacionales al más alto nivel. El canciller venezolano destacó que "la comisión es uno de los recursos más importantes que tienen los dos países para adelantar discusiones sobre temas vitales como el manejo de las cuencas hidrográficas, ríos internacionales, delimitación de áreas marinas y submarinas, hitos fronterizos y migraciones".

Los delegados presidenciales que la integran son Jorge Olavarría Jiménez por Venezuela y Luis Gómez Barrero por Colombia.

Continuando con la investigación hemerográfica en relación con la dinámica de las relaciones binacionales durante el período constitucional del presidente Chávez, encontramos en la página Web del canal de noticias de la ciudad de Caracas, Globovisión (www.globovision.com), de fecha 18 de junio de 2002, información acerca de la reunión "de la V Conferencia de la Comisión Mixta venezolano-colombiana demarcadora de límites, que se instalará el próximo martes en el país; el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, José Vicente Rangel, será el encargado de instalar el evento en una ceremonia que tendrá lugar el día 20 de junio en la Casa Amarilla a las 10 a.m.".

Esta reunión de trabajo reviste gran importancia para ambos países porque representa la continuidad del compromiso asumido por los Ministerios de Relaciones Exteriores de Venezuela y Colombia en la búsqueda de soluciones en el proceso de demarcación de la frontera terrestre aún pendiente.

Podemos afirmar que este es uno de los problemas por resolver más delicado en la relación bilateral, dado que como ya se comentó *ut su-*

pra, aún está por definir la demarcación en el sector de la zona occidental de los Montes de Oca situados al Norte del Estado Zulia, que de acuerdo a calificados estudios históricos y jurídicos pertenecen a Venezuela.

Este aspecto es muy álgido y sensible a los venezolanos porque destacados historiadores y conocedores del tema como el fallecido padre Pablo Ojer entre otros destacados juristas, e historiadores insisten en que no podrá haber arreglo definitivo con Colombia en relación con la delimitación de áreas marinas y submarinas al noroeste del Golfo de Venezuela, ni siquiera iniciar ningún tipo de conversaciones al respecto, sin que se proceda a demarcar o aclarar en forma definitiva este sensible problema aún pendiente. Como ya lo hemos expresado este punto es parte de la agenda binacional que debe abordar la comisión de más alto nivel, que es la Comisión Negociadora Presidencial (CONEG).

La delegación venezolana está presidida por el director general de soberanía, límites y asuntos fronterizos del Ministerio de Relaciones Exteriores contralmirante José Quintero Torres, y la integran el director de fronteras terrestres y marítimas embajador Jean Francois Pulvenis, el di- rector de demarcación Carlos Hernández y el jefe de la división de fron- teras terrestres y fluviales Salvador Briceño.

La delegación colombiana la presidirá el director general de so- beranía territorial de la cancillería Sergio Camargo Moros, el primer secre- tario de dicha dirección Jaime Barrera Martínez, el oficial de enlace tenien- te coronel Ricardo Pinzón Salinas y un representante del comando general de las fuerzas militares capitán Luis Fernando Sánchez Valencia.

Desde junio de 2002 hasta octubre de 2003 no encontramos en este lapso en los medios de comunicación social alguna referencia o noticia relevante en relación a la agenda bilateral o al inventario de problemas. Esto tiene una explicación,Venezuela vive desde aproximadamente mediados de 2001 hasta los hechos ocurridos en abril de 2002 prácti- camente una grave crisis de gobernabilidad y enfrentamiento entre am- plios sectores de oposición y el gobierno del presidente Chávez.

Se respira un ambiente enrarecido y muy tenso que desemboca en los sucesos del 11 de abril de 2002, y que provoca delicadas conse- cuencias para el país para su estabilidad, su economía y, porqué no decir- lo, para su imagen internacional.

A todos estos acontecimientos no escapa que algunos aspectos

de la relación binacional por demás muy sensible como lo son, la seguridad fronteriza, la actuación irregular de grupos armados colombianos fuera del

territorio de ese país, la comisión de delitos en Venezuela por parte de esos grupos armados, las graves acusaciones que la oposición venezolana, sectores del gobierno y la clase dirigente de Colombia hacen al gobierno del Presidente Chávez acerca de su tolerancia y ayuda a los grupos sub- versivos; a nuestro entender, enrarecen el clima de las relaciones bilatera- les a tal punto que su crispación crea roces de carácter internacional que amenazan la necesaria convivencia y paz política en los dos países.

Estos hechos obviamente inciden decididamente en el inmovilis- mo de la relación bilateral en materias tan trascendentales como son las que tiene que abordar la COPIAF y la CONEG, la agenda se reduce a la inseguridad fronteriza, a los problemas que crea la práctica de la extorsión, el tráfico de armas de guerra, las operaciones de irregulares en el territo- rio venezolano, y acusaciones acerca de la convivencia del gobierno de Ve- nezuela con los grupos armados de la narcoguerrilla, que como es una agenda fundamentalmente política produce como resultado visible una du- ra polémica y enfrentamientos nada productivos para ambos países.

Este vacío noticioso en cuanto a los problemas fundamentales en la agenda bilateral (no así como ya lo hemos señalado en relación a los hechos perturbadores de dicha relación como ya han sido referidos *ut supra*), cesa y se reactiva nuevamente el mundo noticioso entre ambos países con la visita oficial tal y como lo reseña *El Nacional* del día 14 de octubre de 2003, de la señora Carolina Barco, Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, a la ciudad de Caracas. Allí la señora Barco expresa "que Colombia está trabajando muy de cerca con todos sus países veci- nos, a fin de ir cerrando la frontera a los delitos que se generan allí, mos- trando preocupación por la situación de la frontera con Venezuela, por lo que considera que entre mayor coordinación e intercambio de informa- ción exista entre ambos Gobiernos podrá ejercerse un mayor control de la situación por parte de Colombia" (el resaltado es nuestro).

Leyendo e interpretando entre líneas las declaraciones de la señora Barco las mismas revelan no otra cosa sino la percepción de su Go- bierno de que no se hace lo necesario obviamente del lado venezolano para poner fin a esa especie de solapamiento, o refugio de grupos de la insurgencia colombiana que utilizan nuestro territorio como cobijo des- pués de cometer atrocidades en suelo colombiano, tema éste de lo más espinoso entre los dos países. En esa misma reunión la

canciller Barco y el Ministro de Exteriores de Venezuela Roy Chaderton Matos intercambian ideas sobre una futura entrevista entre los Presidentes Uribe y Chávez.

Los meses y años que prosiguen desde la visita de la canciller Barco en octubre de 2003, hasta el referéndum revocatorio convocado en Venezuela en agosto de 2004, son para nuestro país muy tensos: hechos de violencia y confrontación en los cuales se vulneran los derechos humanos, cuestionamientos a la actuación política favorable al Gobierno por parte del Consejo Nacional Electoral, la mediación internacional para garantizar la transparencia política y electoral del referéndum con la intervención de la OEA a la cabeza de cuya misión estaba su secretario gene- ral doctor César Gaviria, y la Fundación Carter presidida por el ex-presidente norteamericano Jimmy Carter, todo este contexto político electoral altamente conflictivo y pugnaz, constituye la prioridad de la agenda política nacional tanto del gobierno como de la oposición.

Así las cosas concluye el año 2004 con un gobierno aparentemente fortalecido por los éxitos electorales de agosto y de octubre, cuestionados su legitimidad por la oposición.

Los encuentros presidenciales, de intercambio de ideas en cumbres y foros internacionales entre los Presidentes Chávez y Uribe se suceden con la dinámica y regularidad que imponen sus agendas. En apariencia las relaciones continúan en su marco de fraternidad y cooperación que no ocultan en nada las tensiones que marcan la tortuosa relación de ambos países.

Como clímax de esa convivencia que a veces pareciera forzada, ocurre un delicado incidente el 13 de diciembre de 2004 cuando se co- noce de la captura del narco-guerrillero colombiano Rodrigo Granda en la ciudad de Caracas. Este acontecimiento, por demás comentado por sus perniciosas consecuencias para la relación bilateral, constituye a nuestro entender parafraseando el título de la novela *La crónica de una muerte anunciada* del insigne novelista colombiano Gabriel García Márquez, efec- tivamente un conflicto que se veía venir, era cuestión de tiempo, había lle- gado la hora de la verdad sobre todo para Venezuela en aclarar su posi- ción frente a la narcoguerrilla y el terrorismo colombiano que comete graves violaciones al derecho internacional humanitario, tal como lo con- firman con regularidad los informes de funcionarios de Naciones Unidas. El Presidente Chávez, a decir de calificados analistas políticos e in- ternacionalistas, lo coloca el incidente en una encrucijada y en una posi- ción tan difícil frente a las evidencias y circunstancias que rodean el mis- mo, que necesitó de la mediación internacional de destacados líderes regionales como los

misma del secretario general de la Comunidad Andina de Naciones, señor Allan Wagner, quienes contribuyeron a bajar las tensiones y a que am- bos países superaran el difícil momento de la relación bilateral.

No hay duda que el incidente desnudó al Gobierno, reveló la inconsistencia, la fragilidad, la insensatez, con que el Jefe de Estado maneja la política exterior hacia quien constituye, como Colombia, una de las relaciones más importantes, complejas y trascendentales de todas las que Venezuela pueda tener con sus vecinos y la región.

También se demostró que el gobierno de Colombia está muy claro que en esa lucha con la narcoguerrilla los límites lo ponen el supe- rior interés de Colombia por encima de cualquier otra consideración te- órica, política y hasta jurídica.

Finalmente, podemos afirmar que una vez superado el conflicto por el caso Granda, luego de una entrevista celebrada en Caracas a finales del mes de febrero entre los presidentes Chávez y Uribe, las relaciones entre ambos países transcurren con aparente normalidad, habiéndose reactivado tal y como lo manifestó el Presidente Chávez, los proyectos de tipo económico y de integración energética que habían sido suspendidos además de la cesación de algunas medidas de retorsión acordadas por Venezuela en la zona fronteriza con el hermano país.

Como hemos constatado a través de la investigación hemerográfica luego de reseñar los más importantes hechos noticiosos de estos úl- timos cinco años de la administración del Presidente Chávez, en relación a la amplia y compleja agenda binacional, podemos afirmar que los más importantes acuerdos y convenios internacionales que vinculan a ambos países se mantienen en su integridad vigentes, que la agenda binacional propuesta en 1990 denominada “Inventario de Problemas Binacionales”, sigue siendo el norte de la relación entre los dos países y que la política de la globalidad en toda su extensión es junto con la declaración de San Pedro Alejandrino, suscrita en Santa Marta el 6 de mayo de 1990, el mar- co jurídico convencional que continúa vigente entre ambos Estados, para abordar la solución a mediano y largo plazo de sus diferencias, y que se- rán las comisiones para asuntos fronterizos e integración y la comisión ne- gociadora presidencial, los instrumentos para la materialización de ese proceso que sin solución de continuidad une a los dos países.

Pensamos que por lo delicado del problema como por las impli- caciones y trascendencias que más para Venezuela que para Colombia tiene el diferendo marítimo, ambos gobiernos han obrado

con absoluta

sensatez, prudencia y discreción si es que efectivamente se negocia sobre la materia, para no producir informaciones o aspectos de la conversación que pudieran como siempre ocurrió en el pasado en esta específica ma- teria, hechos que puedan alterar la normalidad que debe existir en la re- lación con Colombia, para poder así abordar el resto de problemas de la agenda binacional.

VI | Inventario de problemas binacionales

Dentro del marco ya referido de la política de globalidad, los altos comisionados lograron identificar los siguientes temas de trabajo:

- Migraciones.
- Cuencas Hidrográficas.
- Delimitación de Áreas Marinas y Submarinas.
- Ríos Internacionales.
- Trabajos de Demarcación y Densificación de hitos fronterizos.
- Transporte Internacional.
- Metodología de tratamiento para la utilización de los recursos naturales transfronterizos.
- Tráfico de Estupefacientes.
- Sistema de control para evitar la substracción de medios de transporte y procedimientos para su recuperación.
- Cooperación y asistencia mutua en caso de emergencia.
- Comisión de coordinación y seguimiento de alto nivel.

Debemos agregar que a las Comisiones Presidenciales de Negociación se le asignaron en los decretos de creación cuatro temas, a saber:

- Áreas Marinas y Submarinas.
- Demarcación y Densificación de Hitos Fronterizos.
- Ríos Internacionales.
- Cuencas Hidrográficas Internacionales.

Posteriormente se agregó a ellos el tema de las migraciones por considerar que el mismo tiene un carácter político indudable.

El trabajo que realizan las dos grandes comisiones, la presidencial de negociación, y la de asuntos fronterizos o de vecindad o de integración como también se le conoce, a esta labor fundamental se le unen los esfuerzos de las distintas dependencias oficiales, sector privado, gobernaciones de estado, universidades de ambos países, a los fines de generar la actividad técnica, el conocimiento exacto y las soluciones prácticas a los problemas ya identificados. De este trabajo conjunto ya han surgido propuestas específicas que son comunes a los despachos competentes para que se lleven a la práctica.

Es importante advertir que las comisiones no toman decisiones, solamente los Presidentes de las Repúblicas y los Despachos Ministeriales están en la capacidad de hacerlo. En lo que respecta a la Comisión Presidencial de Negociación, que es la que maneja los temas de mayor peso político y trascendencia dentro del marco de la globalidad, también es obvio que está asesorada por equipos técnicos de alto nivel que dependen de los despachos oficiales directamente involucrados en la temática plan- teada.

Es esta Comisión la que maneja el problema de la delimitación de las áreas marinas y submarinas, y hasta el conocimiento que tenemos sobre su actividad en este primer trimestre del año en curso (2005), y desde su creación no se ha revelado ninguna hipótesis de trabajo sobre el problema de la delimitación. Específicamente no hay versión oficial ni extraoficial sobre una posible solución al diferendo de la frontera marítima.

VII | Conclusiones

Para una eventual definición de la línea de delimitación de las áreas marinas y submarinas al noroeste del Golfo de Venezuela con Colombia, es necesario tomar en consideración todos los aspectos que envuelve dicha delimitación, como son:

- Una primera línea que se trazaría entre Costas laterales adyacentes, delimitación horizontal (Castilletes-Punta Espada).
- Una segunda línea que delimitará Costas enfrentadas u opues- tas, delimitación vertical (entre Los Monjes y la Costa Colombia- na de la Goajira).

•Habrá que tomar en consideración las circunstancias especiales, tales como configuración de la Costa (concavidad del lado venezolano y convexidad del lado colombiano, en el caso de la delimitación lateral), fisiográficas, geológicas, aspectos jurídicos e históricos.

•La delimitación que se acuerde tal y como lo señala claramente la sentencia del mar del Norte de 1969, debe hacerse tomando en cuenta todas las circunstancias especiales envueltas en el proceso delimitatorio.

•La orientación que tenga la frontera terrestre.

No es viable la aplicación de la línea media o de equidistancia en el caso de la delimitación al noroeste del Golfo de Venezuela, en el punto específico de la delimitación lateral o adyacente, porque la concavidad de la costa de Castilletes de nuestra Plataforma Continental ya por el mismo trazado y proyección de la línea, la misma penetraría en aguas interiores y tradicionalmente históricas como lo son las situadas al Sur del Paralelo de Castilletes-Punta Salinas, mutilando parte importante de nuestra plataforma continental. Por otra parte, según el criterio muy acertado de la Corte, en el caso del Mar del Norte no existe método único de delimitación que sea de empleo obligatorio en todas las circunstancias. Ahora bien, en el caso de Costas enfrentadas u opuestas (delimitación vertical) como lo son entre la Goajira colombiana y Los Monjes, el método de la línea media no vendría a ser tan manifiestamente inequitativo porque está demostrado que el reparto podría ser más justo y proporcional entre los Estados involucrados.

En los casos de la delimitación de Costas laterales los litorales muy irregulares, con profundas hendiduras o entrantes, al aplicárseles el méto- do de la equidistancia, éste conduciría a inequidades muy manifiestas en contra del Estado cuya costa presente esas irregularidades tan evidentes.

En opinión del doctor Nweihed, la línea media "...no es un principio de Derecho Internacional del Mar, sino una simple línea de medición (...) La única manera de concebir la línea media como principio, es aquella que la considera como un principio geométrico o cartográfico"[6].

6 Nweihed, Kaldone G. (1973-1974). *La vigencia del mar*o. Tmo 1. Caracas, Equinoccio. Edicio- nes de la Universidad Simón Bolívar, pp. 426-427.

Igualmente, Venezuela no está obligada a aceptar las líneas de equidistancia, simplemente porque reservó el artículo referido a ellas en la Convención de Ginebra de 1958 (Artículo 6, sobre Plataforma Continental).

En el mundo se ha evidenciado una pérdida creciente de impor- tancia de la equidistancia; es un hecho notorio como en la jurisprudencia, en la práctica de los Estados y en la propia Conferencia del Mar de 1982, se reflejó la necesidad de buscar un resultado equitativo del proceso de delimitación.

El artículo 83 de la Convención de 1982 no hizo referencia a di- cho método dando importancia fundamental al acuerdo entre las partes y a la posibilidad de obtener un resultado equitativo, se adopta la equidis- tancia como un principio orientador. Es necesario destacar que tampoco existe presunción alguna favorable a la equidistancia ni que ese método deba aplicarse en primer término. A decir del eminente jurista uruguayo fallecido, doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su voto razonado
–sentencia del Mar del Norte– parágrafo 31 "se evidencia a todas luces que la prueba de resultado equitativo cae por igual sobre quien pretenda aplicar cualquier método de delimitación"[7]. Es importante advertir que Venezuela no es parte de la Convención de Derecho del Mar de 1982 suscrita en Jamaica, la cual no permite el régimen de reservas.

Lo que sí puede ser afirmado con toda certeza es que los principios equitativos, en materia de la delimitación de la Plataforma Continental "son esencialmente una regla de derecho consuetudinario", como lo sostuvo la Corte en su decisión de 1969.

En nuestro criterio para delimitar las áreas marinas y submarinas al noroeste del Golfo de Venezuela debe aplicarse y el Estado Venezolano mantenerla como tesis oficial para la delimitación la denominada Línea de la Prolongación de la Orientación de la Frontera Terrestre; por ser justa y equitativa y por estar apoyada en la realidad de los hechos y los de- rechos.Y aunque el Laudo de 1891 nada dijo sobre delimitación de zonas marinas, la invocación de una orientación hacia el mar desde el cuello de Teta Goajira y pasando por el hito de Castilletes nos refleja claramente que en aquella época el sistema delimitatorio de la prolongación de la frontera terrestre hubiere sido aplicable.

---

7 I. C. J. Reports, 1969, p. 9

Por otro lado, existen abundantes antecedentes que justifican este sistema delimitatorio y es de antigua data en el Derecho Internacional. Estados como Australia, Francia y Portugal la han aplicado. Este sistema delimitatorio ha sido recomendado su aplicación en el caso de costas la- terales o adyacentes, y sólo en muy aislados casos que pudiera provocar situaciones injustas por anormales circunstancias geográficas debería no aplicarse.

Esta línea además permite precisar porqué la delimitación de áreas marinas y submarinas entre ambos países tiene que hacerse al noroeste de nuestro Golfo, ya que dicha delimitación permite preservar la integridad del Golfo para Venezuela que de suyo lo es, y especialmente el cuerpo de aguas al Sur del paralelo Castilletes-Punta Salinas, consideradas aguas históricas e interiores de Venezuela.

Por el carácter vital que tiene el Golfo para Venezuela no cabe duda y así lo ha aceptado Colombia sin discusión alguna, que esta condición se convierte a su vez en una base fundamental y científica de la viabilidad de la aplicación de la línea de la prolongación de la orientación de la frontera terrestre. La vitalidad de su Golfo para Venezuela ha quedado plenamente demostrada en la triple importancia que el mismo tiene, marítimo, marino y submarino tal como se explica en la parte sustantiva de este trabajo referida al Golfo.

Tan cierto es el carácter vital del Golfo, que en el preámbulo del Tratado de Delimitación con el Reino de los Países bajos se reconoce de manera expresa "la importancia vital e histórica que tiene para Venezuela, el Golfo de Venezuela, el complejo de intereses fundamentales que lo ca- racterizan así como el tránsito marítimo hacia o desde Venezuela"[8]. Por primera vez se reconoce tal carácter de intereses vitales en un tratado in- ternacional de delimitación de frontera marítima en la propia área del Golfo de Venezuela.

Partiendo del presupuesto inobjetable del pleno ejercicio de la soberanía venezolana sobre el archipiélago de Los Monjes hoy día reco- nocida y aceptada por Colombia, después de sus intentos fallidos de cues- tionarla; allí está pendiente la delimitación de costas enfrentadas entre la península de la Goajira colombiana y el archipiélago venezolano de Los

[8] Olavarría, Jorge (1988). *eEnl eGzoulefoladesVde Venezuela* p. 109.

E. C. Aarmaciatas,no, Editores.

Monjes, los que generan derechos a Mar Territorial y a Plataforma Continental de acuerdo a la Convención de Ginebra de 1958, y como quiera que la distancia entre el Monje del Sur y la Península de la Goajira es de 19 millas marinas, y la anchura de los mares territoriales de ambos Esta- dos es de 12 millas, esta circunstancia supone el cabalgamiento de mares territoriales de los dos países; es decir, se solapan, por lo cual habrá la ne- cesidad de llegar a un acuerdo, bien que se establezca la repartición pro- porcional del mar territorial o que se aplique el llamado efecto medio, lo cual se traduciría en una extensión del mar territorial para Venezuela de 4,7 millas de las 19 millas de distancia que existe entre la Costa Goajira y el Monje del Norte.

Si en la delimitación que se acuerde al noroeste del Golfo de Venezuela, la línea divisoria que se convenga llegase a cortar en dos segmentos algún yacimiento de hidrocarburos, no se debe aceptar la proposición colombiana de la repartición por mitad de los yacimientos a ambos lados de la línea divisoria, sino que debe aplicarse la práctica de la industria petrolera internacional de mantener la unificación de yacimientos como lo llama el distinguido geólogo venezolano Aníbal Martínez, o sistema también conocido como unidad o unicitación de yacimientos como la deno- mina el doctor Isidro Morales Paúl; ya que el método colombiano de re- partición es anticientífico y contrario a la técnica. Las partes contratantes según esta práctica, después de celebrar consultas técnicas harán esfuerzos para lograr un acuerdo sobre la forma de explotación más efectiva de dicha estructura o campo y sobre la manera en que se repartirán las costas y beneficios relativos a dichas actividades.

Este principio fue recogido por el Tratado de Delimitación de Áreas Marinas y Submarinas con el Reino de los Países Bajos.

Venezuela por su privilegiada ubicación geográfica y geoestratégica por ser puerta de entrada al Continente Suramericano, por su triple dimensión de país Andino, Caribeño y Amazónico, por ser el poseedor de las mayores reservas de hidrocarburos y de gas en el hemisferio occidental, además de otros minerales catalogados como estratégicos en el desarrollo de los países, por tener el litoral más extenso en el Caribe (2.815 Km.), por su frente marítimo en el Atlántico de 1.006 Km., por la cadena de islas próximas al territorio nacional por el norte y por el este, no hay lugar a dudas que la determinación de sus fronteras marítimas al este y al oeste constituyen una altísima prioridad nacional, fundamentalmente con

respecto a la solución definitiva de su controversia con la República de Colombia para dar por definida su frontera marítima por el oeste.

En este orden de ideas, es satisfactorio observar cómo los distintos gobiernos democráticos han desarrollado una clara y firme política exterior dirigida a negociar y resolver las delimitaciones marítimas con nuestros vecinos.Venezuela, en virtud de su condición geográfica ya señalada, es limítrofe con trece naciones (algunas ya independientes y otras aún Colonias) a saber: Colombia, República Dominicana, Antillas Neerlandesas (Aruba, Bonaire, Curazao, Saba y San Eustoquio, Reino de los Países Bajos), Estados Unidos de América (Puerto Rico, Islas Vírgenes), St. Kitts- Nevis, Reino Unido (Montserrat), Francia (Guadalupe y Martinica), Domi- nica, Santa Lucía, San Vicente, Granada, Trinidad y Tobago y Guyana, éstos representan un total de 5.500 Km. de límites marítimos. De estos límites marítimos están definidos a través de Tratados los siguientes: con Repúbli- ca Dominicana, con el Reino de los Países Bajos, Estados Unidos de Amé- rica, Francia,Trinidad y Tobago. Estos Tratados trajeron como consecuencia que al definirse las respectivas zonas económicas exclusivas, Venezuela amplió su territorio en más de 400.000 Km^2.

Esto nos demuestra la necesidad que tiene Venezuela de cerrar todos sus espacios marítimos y entender de una vez por todas como pa- ís que nació en el mar y con clara vocación marítima, que toda el área an- tes señalada y su cuenca constituyen espacio crucial para los intereses ge- opolíticos y económicos de Venezuela.

En esta secuencia es muy importante tener claro, que en un eventual arreglo práctico de la controversia pendiente con la República Cooperativa de Guyana,Venezuela debe aspirar a que en dicho arreglo se le compense territorialmente con una franja sobre la fachada Atlántica, de tal manera que el acuerdo deberá comprender la delimitación de áreas marinas y submarinas entre ambos Estados, y por ende nos daría una am- pliación de nuestro frente costero sobre el Atlántico.

No hay que olvidar que Venezuela y Colombia son miembros del Pacto Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones, constituyendo los dos socios comerciales más importantes y de mayor desarrollo económico de la misma, a su vez forman parte de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI.), del Sistema Económico Latinoamericano (S.E.L.A.) y del Grupo de los Tres junto a México (al cual se le ha agregado la República de Panamá), unido a ello la condición de asociado de Venezuela al

Mercosur, el eventual desarrollo de la declaración del 9 de diciembre de 2004 suscrita en Ayacucho, Perú, para constituir la Comunidad Surameri- cana de Naciones, de la cual participan ambas naciones, aunado a esto la declaración formal del actual secretario general de la Comunidad Andina de Naciones señor Allan Wagner en relación a la futura fusión de los dos grandes sistemas de integración latinoamericanos la CAN y el Mercosur, estos hechos convertirían a ambos países en factores primordiales y rele- vantes en el área andina con proyecciones sustantivas y muy prometedo- ras hacia toda la región.

Las relaciones entre Colombia y Venezuela a partir de 1987-1990 experimentaron el más importante y trascendental cambio cualitativo de toda su historia que se tradujo en el diseño por parte de Venezuela de una nueva estrategia negociadora aceptada por Colombia, en virtud de la cual ambos países inventariarán los más importantes problemas resultantes de la vecindad, para así posteriormente una vez identificados diseñar metodologías y procedimientos para lograr soluciones prácticas a la problemática fronteriza. Es lo que se ha dado en denominar como la política de la globalidad.

Hasta antes de 1987, las relaciones binacionales se vieron severamente marcadas por el determinismo en el enfoque de las relaciones bilaterales desde la óptica puramente del problema de la delimitación de las áreas marinas y submarinas entre ambos países, política ésta que trajo como consecuencia, inútiles rivalidades y la posibilidad de un enfrentamiento bélico de imprevisibles daños para ambos países y para la región. En cambio la política de la globalidad se plasmó en un mayor acercamiento entre los dos países que cambió de plano el contexto de la relación bina- cional, allanando el camino para un diálogo franco, constructivo e integra- dor. No es solamente el problema del Golfo el que hay que abordar en- tre los dos países, sino que existe una amplia gama de problemas a solucionar tales como: migraciones, contrabando, seguridad fronteriza, narcotráfico, cuencas hidrográficas, integración física y económica, comu- nicaciones, entre otros. Con la identificación de todos estos problemas y su tratamiento común se inició la era de la desgolfización y se emprendió la de la globalidad de las relaciones colombo-venezolanas. Esta nueva perspectiva amistosa, franca, integradora y de interdependencia, hizo en- tender a los dos países, que la única vía para solucionar los problemas co- munes resultantes de la vecindad era el tratamiento global de los mismos,

abriendo camino a su vez a una más sólida integración política-social y económica entre Colombia y Venezuela. Sin embargo, no debe entenderse que la solución a los problemas binacionales vendrá a muy corto plazo y simultáneamente, y que ellos deben estar sometidos a cronogramas rígidos en cuanto a su solución; por lo dinámico de los mismos, por su propia naturaleza y por lo complejo de las estructuras burocráticas y políticas de los dos países, ellos deben ser tratados con la prudencia, la racionalidad y la sensatez necesaria para poder alcanzar las soluciones deseadas, dicho en otras palabras, en forma gradual.

Derecho Internacional Público

Reflexiones en torno a los "espacios geográficos" consagrados en la Constitución venezolana de 1999

Adolfo P. Salgueiro

En materia de definición del territorio la Constitución de la Re- pública Bolivariana de Venezuela aprobada en referéndum del 15 de Di- ciembre de 1999 introdujo algunas modificaciones con relación a la de 1961, pero lo que más hizo fue ampliar los espacios en los cuales se pre- tende que la República ejerza su soberanía en distintos tipos e intensida- des. En este trabajo nos limitaremos a comentar las disposiciones conte- nidas en los artículos 10 y 11 del texto fundamental.

En el curso de estas líneas constataremos que muchas de las menciones contenidas en los nuevos artículos pretenden recoger algunos de los conceptos que llegaron al ámbito del derecho internacional públi- co y el derecho constitucional entre los años 1961 y 1999 y adicional- mente se han incluido algunos enunciados que pretenden ser más unos textos autocomplacientes para reivindicaciones nacionalistas que postula- dos que puedan sostenerse en el derecho internacional.

No olvidar que aun cuando una Constitución puede y debe or- ganizar soberanamente al Estado, el tema territorio requiere el concurso de los demás estados del planeta, especialmente los vecinos, por cuanto se trata de definir que le corresponde a uno y que a otro lo cual – obvia- mente– es materia en la que participa no sólo el constituyente – por mas originario que sea– sino que debe ser dilucidada con los demás miembros de la comunidad internacional de Estados con los que compartimos la su- perficie del planeta.

Título I: De la República, su Espacio Geográfico y su División Política Capítulo II: Del Espacio Geográfico y la División Política[1]

En primer lugar deseamos hacer un comentario general acerca del enunciado del Título I y Capítulo II del mismo en donde aparece la expresión *espacio geográfico* sustituyendo la palabra *territorio* utilizada en nuestros textos constitucionales precedentes y particularmente en la Constitución –hasta entonces vigente– de 1961.

La *Exposición de Motivos* producida por la "Comisión de Disposiciones Fundamentales de la Soberanía y de los Espacios Territoriales" de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 justificó la innovación en la creencia de que ella avala la inclusión de los espacios continentales tradicionales y también los insulares y marítimos. En nuestra opinión no se requería haber hecho ningún cambio por dos razones: a) por que la denominación *titeorrio* incluye automáticamente tanto al terrestre como al marítimo y al aéreo, o sea a las áreas y volúmenes de nuestro planeta en los que la República Bolivariana de Venezuela ejerce su soberanía y b) por que el vocablo territorio es el mas comúnmente utilizado en la literatura constitucional universal lo cual contribuye a la consolidación internacional de conceptos jurídicos que requieren el máximo de uniformidad y consenso para prevenir malos entendidos.

Análisis del artículo 10[2]

El texto aprobado por la plenaria en su maratónica sesión del 20 de octubre de 1999 se divide en dos partes. La primera es la alusión a la Capitanía General de Venezuela para el 19 de abril de 1810, fecha del inicio del proceso político que culmina con la declaración de independencia el 5 de julio de 1811. La segunda parte es la muy polémica excepción de los tratados y laudos arbítrales no viciados de nulidad.

[1] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –Aprobada el 15/12/1999.

[2] Art. 10 – "El territorio y demás espacios geográficos de la República son los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad".

El título jurídico sobre el territorio que corresponde a la Capitanía General para la fecha del inicio de las transformaciones de 1810 proviene de la inclusión en la Constitución de la Gran Colombia en la cual se definía el territorio de aquel efímero –pero auténticamente bolivariano- Estado como el que correspondía al Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela. Con la separación de Venezuela de la Gran Colombia en 1830, nuestro país incorpora a su Constitución de ese mismo año el concepto ya desmembrado o sea "el territorio de la Capitanía General de Venezuela para 1810".

Pero la parte que ha despertado serias polémicas a nivel interno y preocupación a nivel internacional es la que pone en tela de juicio la validez de los tratados y laudos arbítrales.

La Constitución de 1961 en su artículo 7 incluye el concepto del "uti possidetis juris" basado en el territorio de la Capitanía General en 1810 y además agrega "con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República". La palabra "validamente" abría, a nuestro juicio, la posibilidad de que la República pudiera presentar contenciones acerca de la validez de un determinado tratado o laudo. En efecto así se hizo en 1962 en relación con el desafortunado laudo de Pa- ris del 3 de Octubre de 1899 cuya resolución privó a Venezuela de los
159.500 Km2 que hoy conocemos como la "Zona en Reclamación de la Guayana Esequiba", que fue adjudicada a la Gran Bretaña que entonces era la titular de la soberanía sobre el territorio que hoy ocupa su sucesora la República Cooperativa de Guyana.

Fue en 1962 que Venezuela, a través de su Canciller Marcos Falcón Briceño expuso ante la O.E.A. su interpretación de que el referido Laudo de París era "nulo e írrito" planteando la posibilidad de una renegociación del mismo con la Gran Bretaña. Es por eso que el 17 de Febrero de 1966, ya en vísperas de la independencia de Guyana,Venezuela consiguió suscribir el Acuerdo de Ginebra cuyo artículo 1 compromete a las partes a "...buscar soluciones satisfactorias para un arreglo práctico de la controversia".[3]

El mencionado Acuerdo de Ginebra es, pues, la apertura de una negociación bilateral en la que se estudiaría la contención venezolana de que se está en presencia de un laudo nulo e írrito y la visión guyanesa de

[3] Art. 1 del Acuerdo de Ginebra del 17/2/1966.

que, por el contrario, el instrumento conserva su plena validez y habilita a Guyana para continuar en el ejercicio pleno de su soberanía y posesión que le fue conferida por el Laudo de París de 1899 cuyo resultado le fa- voreció.

En cambio la redacción aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 "tratados y laudos no viciados de nulidad" tiene por objeto declarado el de conferir a Venezuela la posibilidad de determinar unilateralmente cuáles tratados y laudos adolecerían del vicio de nulidad. Esta pretensión, aun cuando patriótica y bien intencionada, no es compatible con el Derecho Internacional. Es por ello que el ex – Canciller venezolano Simón Alberto Consalvi afirmó a ese respecto que "nada le ha hecho tanto daño a Venezuela como el patriotismo", agregando que "...es preciso que los constituyentes reparen en los riesgos de consagrar en la Constitución aspiraciones maximalistas en materia de territorio que pueden ser bien comprendidas desde el punto de vista patriótico pero desde ninguna circunstancia en la perspectiva del Derecho Internacional."[4] La discusión que en términos jurídicos se plantea es, en definitiva, la de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno o viceversa. En términos prácticos para el artículo que estamos analizando la cuestión se reduce a determinar quien es el que va a decidir si un tratado o laudo está viciado de nulidad o no.

En nuestra opinión es absolutamente obvio que tal decisión no puede ser facultad unilateral de alguna de las partes ya que es evidente que no es posible ser al mismo tiempo juez y parte en un diferendo; ejemplos sobran como veremos a continuación.

En 1952 el Canciller colombiano Uribe Holguín, en carta enviada al entonces Embajador venezolano en Bogotá e Dr. Luis Gerónimo Pietri,[5] reconoció que Colombia no objetaba la soberanía venezolana sobre los islotes de Los Monjes. Años después la validez de aquella comunicación fue atacada en los tribunales colombianos y luego de un prolongado pro- ceso judicial, el Consejo de Estado de ese país dictaminó que, en efecto, la carta del Canciller firmante excedió los poderes que competen a su in- vestidura y que por tanto era nula. La lógica y natural respuesta venezo- lana fue la de que los compromisos contraídos y honrados por Colombia

4 Diario "El Nacional" –22/10/1999 – pág. A-2.

[5] Nota GN-542 del 22/11/1952.

por más de cuarenta años surtían efectos irrevocables frente a Venezuela y que no era ya la hora de alegar decisiones de derecho interno colombiano para desligarse de una situación jurídica con efectos internacionales ante terceros.

Otro ejemplo similar incluye los mismos actores: Colombia y Venezuela, pero en papeles opuestos a los del ejemplo anterior. Nos referimos al Tratado de Límites entre ambos países suscrito en 1941, en plena vigencia desde su ratificación. Dicho tratado ha sido objeto de varias demandas de nulidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Venezuela la cual, pese a los años transcurridos desde la introducción de los recursos, aun no se ha pronunciado.[6]

Supongamos que en un futuro nuestra máxima instancia judicial acogiera la argumentación de los demandantes decretando la nulidad del tratado de límites con Colombia de 1941,[7] ¿pudiera Venezuela ampararse en esa sentencia de su máximo tribunal para oponérsela a Colombia casi sesenta años después de la ratificación del tratado por el Congreso? La respuesta es una y obvia: no podría.

Los ejemplos anteriores ilustran el punto que deseamos enfatizar aquí en el sentido de que no es suficiente una norma jurídica interna, aun cuando tenga rango constitucional o de la máxima instancia judicial para ser alegada en Derecho Internacional frente a otro Estado cuyo régimen jurídico puede tener una norma diferente. La solución, obviamente, no puede buscarse ni encontrarse en los alegatos de las partes sino que re- quiere ser dirimida por algún tercero sea ante un tribunal de derecho o arbitral.

Es necesario también tener en cuenta que en Derecho Internacional los tratados se celebran entre Estados, todos igualmente soberanos, condición y atributo fundamental de la naturaleza estatal. Es por ello que ninguna de las partes de un tratado tiene mayor derecho que la otra para modificar el "status quo" en forma unilateral ni para desconocer lo adjudicado por un laudo arbitral. La declaratoria de nulidad, por tanto, co-

6 Demanda del Dr. Agustín Ascanio Giménez del 15/4/1971; otra del 29/10/1974 introducida por el Dr. Aquiles Monagas a la cual adhirió el Coronel ® Hugo Trejo el 7 de noviembre del mismo año.

7 Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes suscrito en Cúcuta, Colombia, el 5/4/1941.

rresponde a un tercero, ya sea la Corte Internacional de Justicia de La Haya, un panel arbitral o cualquier otra instancia mutuamente convenida entre las partes. Muy distinta hubiese sido una redacción en la que se hubiese hecho la salvedad de que la nulidad requiriese ser declarada por acuerdo de las partes o por una instancia de terceros mutuamente con- venida. En todo caso, aun así, sería difícil materializar la declaratoria por cuanto la parte beneficiada de la supuesta o pretendida inequidad no ten- dría incentivo alguno para acudir o dejarse llevar a una instancia de revi- sión a no ser que tuviese la obligación legal de hacerlo.

Podemos analizar también otro argumento; el mismo se fundamenta en las disposiciones de la Convención de Viena sobre Tratados de 1969 la cual –pese a que no ha sido suscrita por Venezuela precisamente por que existen estos casos pendientes- es universalmente aceptada co- mo el compendio de todo lo relacionado con el tema de los tratados in- ternacionales.

Del artículo 2 ordinal 1 de dicha Convención[8] surge sin ninguna dificultad que uno de los elementos que caracterizan a los tratados es que están "regidos por el derecho internacional" que es precisamente la razón que impide invocar el derecho interno –así sea de rango constitucional- para la solución de las controversias que los mismos pueden suscitar.

Ello se torna mucho mas evidente y obvio cuando la norma interna que se invoca fuere posterior al tratado o laudo al que se quiera aplicar, como serían los casos en cuestión que Venezuela pudiera sentirse inclinada a revivir.

Existe también otro argumento para criticar la redacción aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente al artículo que comentamos. El mismo es el de su nulidad basada en el hecho de que el texto excede el mandato que establece el marco y las limitaciones de la Asamblea Na- cional Constituyente.

En efecto, la Base Décima del referéndum del 25 de Abril de 1999 por el cual se convocó a la ANC dice así:

[8] Conv. de Viena Sobre Derecho de los Tratados de 1969 – Artículo 2 – ord. 1 "un tratado es un acuerdo internacional, celebrado por escrito, entre Estados, regido por el derecho internacional, ya sea que conste en uno o más instrumentos y cualquiera sea su nombre o denominación".

DECIMA: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatu- tos de funcionamiento, teniendo como límites los valores de nuestra historia republicana, así como también el cumplimiento de los tratados internaciona- les, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carác- ter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías de- mocráticas dentro del mas absoluto respeto a los compromisos asumidos.

Del texto que antecede resulta sin mayor dificultad que ni siquiera la propia Asamblea Nacional Constituyente, fuese ella originaria o derivada, podía aprobar disposiciones que resultasen en el incumplimiento de tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República por cuanto tenía una limitación expresa sobre esa materia.

Si partimos de la base de que los acuerdos celebrados y muy es- pecialmente aquellos cumplidos por largo tiempo por Venezuela han de presumirse válidos hasta que se pruebe o sentencie lo contrario en una instancia internacional o por acuerdo de partes, podríamos concluir que el artículo constitucional en comento excede el marco de la convocatoria aprobada por el referéndum del 25 de abril de 1999 y por ello quien es- tá viciado de nulidad frente al derecho internacional es el artículo consti- tucional propuesto sin perjuicio de que en otro momento o instancia pu- dieran discutirse los vicios de la voluntad que pudieran atribuirse a algunos de los tratados, acuerdos o laudos de los que la República es parte.

Soberanía y derechos

El artículo 11 de la Constitución de 1999[9] es un aporte novedoso ofrecido por la nueva Carta Magna toda vez que el mismo trae algunos conceptos modernos que parecen útiles pero al mismo tiempo se in- cluyen nociones que en nuestra opinión tienen excesivo carácter reglamentario como para estar incorporadas en un texto constitucional.

[9] Artículo 11: " La soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base rectas que ha adoptado o adopte la República; el suelo y

subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos

Como se observa, el artículo en comento se divide en tres partes netamente diferenciadas: a) los espacios en donde la República ejerce soberanía plena, b) los espacios donde la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción "en los términos y extensión que determinen el derecho internacional público y la ley" (nótese que el derecho internacional va de primero) y c) los espacios en los que la República ejerce "derechos" cuya naturaleza no se especifica pero que sí están subordinados también a los términos, extensión y condiciones de los acuerdos internacionales y la legislación nacional (otra vez el tema internacional antecediendo).

Soberanía plena

1 Como es natural, la misma se ejerce en todo el territorio terrestre y, como es lógico, también en el mar territorial que es una parte integral del territorio cuya única diferencia con el territorio continental o insular es su naturaleza líquida y también que en esta área queda permitido el paso inocente de buques mercantes extranjeros tanto por el derecho internacional convencional, el general y el propio derecho interno[10]

se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen.

El espacio insular de la República comprende el archipiélago de Los Monjes, archipiélago de Las Aves, archipiélago de Los Roques, archipiélago de La Orchila, isla La Tortuga, isla La Blanquilla, archipiélago Los Hermanos, islas de Margarita, Cubagua y Coche, archipiélago de Los Frailes, isla La Sola, archipiélago de Los Testigos, isla de Patos e isla de Aves; y, además, las islas, islotes, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma continental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva.

Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, y extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley. Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional".

[10] Decreto número 1437 con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, Artículo 18 (Publicado en la Gaceta Oficial numero 37.290 del25/9) 2001 –Modificado se-

gún Gaceta Oficial número 37.596 del 20/12/2002).

La Constitución de 1999 hace algunos agregados que, en nuestra opinión, no eran necesarios y que nos parece fueron incluidos un poco para dar rimbombancia a la definición territorial en la búsqueda de una mayor trascendencia nacionalista que en los días de octubre de 1999 in- undaba los pasillos de la Asamblea Nacional Constituyente.

Pensamos que es absolutamente irrelevante haber especificado que la soberanía se ejerce en el espacio continental e insular toda vez que las islas venezolanas forman parte integral de nuestro territorio concebido como elemento constitutivo del Estado, sin que exista diferencia alguna por el hecho de estar físicamente pegadas o removidas del territorio continental.

De la misma manera nos ha parecido innecesaria la inclusión en el texto de los espacios lacustres y fluviales toda vez que en Venezuela no existe ningún lago que tenga boca de entrada superior a la franja de mar territorial que correspondería a cada orilla ni tampoco existe ningún lago que sea fronterizo con algún vecino. Vale decir que todos los lagos de Ve- nezuela se encuentran íntegramente incluidos dentro de la definición ge- nérica del territorio, y en el caso del lago de Maracaibo, único cuyas aguas bañan orillas de mas de una jurisdicción estatal, las mismas están atribui- das en su totalidad al territorio de los estados que lo circundan (Zulia, Mérida y Trujillo).[11]

En aras de una pura especulación teórica pudiera pensarse en la dificultad que surgiría si por razones naturales o por la construcción de una represa en colaboración –o por lo menos con la anuencia- de otro Estado vecino, se inundaran áreas que en la actualidad forman parte del territorio venezolano. En ese caso pudiéramos enfrentarnos a la posibilidad de llevar a la superficie del nuevo lago la delimitación terrestre preexistente (que sería lo lógico como herederos de España en su Capitanía General por el uti possidetis iuris) y/o eventualmente acordar una nueva delimitación que acogiese otros criterios. Cualquiera fuese el caso nos en- contraríamos en el supuesto de un territorio de naturaleza lacustre en el cual posiblemente no se ejercería soberanía plena a menos que el con- cepto se limitara –como pudiera deducirse- a la parte del lago que co- rrespondiera a Venezuela. En todo caso hay aquí un elemento con el po- tencial de causar malos entendidos.

[11] *Ídem*. El Título II del Decreto Ley se titula "De los Espacios Fluviales y Lacustres" pero y consta de un solo artículo, el 9º en el cual ni siquiera se menciona el espacio lacustre.

La mención a los espacios fluviales parece igualmente redundante con fundamento en las dos consideraciones siguientes: a) los ríos interiores forman parte del territorio nacional por que fluyen íntegramente dentro del mismo y/o desembocan en sus costas de mar, b) los ríos que discurren entre dos o mas países –como el Orinoco o el Meta- están su- jetos a la jurisdicción territorial de cada país por el que fluyen en la res- pectiva porción y además rigen su régimen de navegación, aprovecha- miento hídrico etc. por los tratados internacionales que estén en vigencia o se acuerden en el futuro y/o las normas del derecho internacional ge- neral y/o la equidad aplicables al caso particular.

Los ríos que por su condición de limítrofes son compartidos con otros Estados, rigen su régimen por los acuerdos fronterizos que se hayan concluido como puede ser el criterio del "thalweg"[12] que es el caso de Arauca en la frontera con Colombia, la "costa seca" como ocurre en el río Cuyuní en la frontera con Guyana o la línea media como es el caso en los ríos Mururuma, Amacuro y Acarabisi también en la frontera guyanesa.[13]

De lo anterior se desprende también que el concepto que segu- ramente se quiso expresar es el de la soberanía plena en los espacios flu- viales internos y las normas que por derecho convencional o internacio- nal general pudieran ser aplicables. Otra vez se advierte la inconveniencia de incluir aspectos reglamentarios a nivel constitucional que tienen en po- tencial de crear problemas dificultando su solución precisamente por la jerarquía constitucional.

2 El artículo 11 en comento recoge dentro de los espacios en los que la República ejerce soberanía plena a las áreas marinas interiores, históricas y vitales. Esa disposición tiene nombre y apellido propios: el Golfo de Venezuela en el cual deben considerarse varios temas: el cierre del Golfo por acto unilateral de Venezuela entre Castilletes en la península de la Goajira y Punta Salinas en la península de Paraguaná[14]; el límite geográfico del mismo golfo que se sitúa más hacia el norte entre Punta Espada en la Goajira colombiana y Punta Macolla en la península de Paraguaná; el

[12] Línea de mayor profundidad.

[13] Según lo dispuesto por el Laudo Arbitral de París del 3/10/1899.

[14] Por Decreto del 16 de Septiembre de 1939 que fija el mar interior de Venezuela por debajo de esos puntos.

tratado de límites con Colombia de 1941 y el Tratado de No Agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial[15] y la aceptación o no por parte de otros países de tales límites ante el alegato de que el Golfo de Venezuela tiene una boca que excede ampliamente la distancia sumada del mar territorial generado por los países cuyas cosas se enfrentan.

2.1 El Decreto de cierre del Golfo de Venezuela constituyó un acto unilateral de nuestro país el cual en su momento no fue disputado por Colombia.[16] y también gozó de la aquiescencia de otras potencias como se vio en el caso del buque de guerra norteamericano Niágara que para entrar al golfo solicitó permiso al gobierno venezolano en el año 1926 revelando la aceptación general por parte de la comunidad internacional de la jurisdicción venezolana –(y eso que este caso ocurrió antes del decre- to de cierre)-Sin embargo, en años recientes han existido situaciones en las que estos conceptos han sido puestos en tela de juicio, ya sea por Co- lombia como también por otros Estados.[17]

2.2 El caso de Colombia es el de sus reiteradas reclamaciones para negociar las áreas marinas y submarinas del Golfo de Venezuela por debajo del paralelo 11° -51'-02"-41 las cuales en algún momento condujeron una propuesta conocida como Hipótesis de Caraballeda[18] la cual no pudo concretarse por el rechazo generalizado de la opinión pública nacional por que incluía la cesión a Colombia de un pequeño triángulo por deba- jo del paralelo anteriormente señalado a cambio de otras concesiones ventajosas para Venezuela. Tal hipótesis no hubiera sido inconstitucional a

---

15 Vigente desde el 17/12/1939.

16 El caso del buque de Guerra francés Barfleur que el 11/6/1940 entró en aguas por debajo del paralelo del cierre venezolano persiguiendo al navío mercante italiano Alabama y al día siguiente en acción similar contra el mercante tambien italiano Dentice generando la protesta de Venezuela y el silencio absoluto de Colombia.

17 Incidente de la corbeta colombiana "ARC Caldas" que ingresó en aguas territoriales venezolanas el 9 de agosto de 1987 y de un buque del Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos que habiendo ingresado en ese espacio en el año 2000, pretendió alegar que se encontraba en aguas internacionales.

18 Dada a conocer el 21/10/1980 y conocida en algunos medios también como Acuerdo Planchart-Londoño.

la luz de la Constitución de 1961, pero sí pudiera serlo con la de 1999 como consecuencia de la inclusión del concepto de "áreas históricas y vitales", lo cual por un lado impide que se negocie ese pequeño sector pero por otro lado hace imposible una solución global con Colombia que pue- da incluir esa pretensión de nuestro vecino a cambio de otras concesio- nes que pudieran resultarnos de mayor interés, como sería la orientación de la proyección de la línea limítrofe hacia la Mar Caribe.

No obstante, vale la pena tener presente la disposición del artículo 72 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Espacios Acuáticos[19] del que podría deducirse que en algún momento pudiera concluirse una delimitación pendiente de áreas marinas y submarinas con Colombia y

-de haber aspectos que comprometieran la soberanía nacional- ellos pudieran ser sometidos a referéndum. Aun cuando esta disposición abre una puerta para resolver este espinoso asunto que tanto incide en las relaciones con la nación vecina, en nuestra opinión este tipo de solución podría ser atacada por inconstitucionalidad por cuanto las cuestiones territoriales no pueden ser objeto de referéndum cuando en el mismo se consul- ten temas de reducción territorial. Tal acuerdo solo sería factible a través del procedimiento una reforma constitucional o por la vía de una Asam- blea Nacional Constituyente ya que la integridad territorial es un aspecto básico que altera la estructura fundamental de nuestra Carta Magna y por tanto no sujeto al trámite relativamente más sencillo de la enmienda constitucional.[20]

2.3 La solidez de la pretensión de derecho interno en cuanto al ejercicio de la soberanía plena en las áreas marinas históricas y vitales, aun cuando es deseable y conveniente, tiene su punto débil en el mismo Tratado de No Agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial de 1939 con Colombia, toda vez que en el mismo se abre la posibilidad para que las diferencias de concepto que pudieran haber o presentarse acerca de

[19] Art. 72 (párrafo primero) "El Estado propiciará la conclusión de las delimitaciones pendientes de áreas marinas y submarinas mediante acuerdo directo con cada uno de los países ri- bereños limítrofes, a sobre la base de principios equitativos y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes. Los acuerdos internacionales que pidieren comprometer la Soberanía Nacional podrán ser sometidos a referendo."

[20] Artículos 340 y 342.

la condición de área histórica o vital para Venezuela del Golfo que lleva su nombre[21] puedan ser dirimidos por la Corte Internacional de Justicia, lo cual pudiera arrojar una decisión desfavorable para Venezuela, cuya conse- cuencia generaría una colisión entre el texto constitucional y la posible sentencia del Tribunal de La Haya emitida como consecuencia de la apli- cación de un tratado válidamente suscrito por la República, que en tal ca- rácter no podría ser derogado según la limitación establecida en la Base Décima del referéndum convocatorio de la Asamblea Nacional Constitu- yente de 1999 transcrita *ut supra*, según el cual dicha instancia no estaba facultada para sobrepasar los límites del "cumplimiento de los tratados in- ternacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la Re- pública.

2.4 Las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República en el futuro quedan definidas en el artículo 12 del Decreto Con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares ya citada y en la medida en que sean de 12 millas náuticas como es el caso del Mar Terri- torial[22] que se genera a partir de las mismas no se solape con aguas en las que algún otro Estado pudiese reclamar derechos, no presenta dificultad alguna.

Soberanía condicionada-derechos exclusivos

En esta parte el artículo 11 de la Constitución de 1999 recono- ce lo que es obvio, que además constituye una línea conductora que rea- parece en varias disposiciones de la Carta Magna[23]: la supremacía del de- recho internacional sobre el derecho interno.

Este criterio queda evidenciado en el hecho de que los derechos de soberanía y jurisdicción que el constituyente define sobre la zona ma- rítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva están condicionados a la extensión y términos del derecho internacional en primer lugar y a la ley interna en segundo lugar.

[21] Referido como Golfo de Coquivacoa en algunos mapas y documentos colombianos.

[22] *Ídem* art. 11.

[23] Artículo 22 (Derechos Humanos), Art. 153 (integración), etc.

Así redactada la disposición, interpretamos que la misma se refiere tanto al derecho internacional convencional (los tratados suscritos y vigentes para Venezuela) como así también al derecho internacional general en los casos en que el convencional no fuera considerado vinculante por Venezuela pero pudiera oponérsele en virtud de su validez emanada de las restantes fuentes que dan origen al derecho internacional.

En esta materia la República ha adoptado los criterios que con mayor o menor uniformidad prevalecen en la comunidad internacional que son el de veinticuatro millas náuticas para [24]la zona contigua contadas a partir de la línea de mas baja marea o desde las de base recta desde las que se mide el mar territorial y en el caso de la zona económica exclusiva doscientas millas náuticas contadas también a partir del mismo criterio (o sean 188 millas náuticas adicionales al mar territorial)[25].

En la zona contigua tanto el derecho internacional como la ley nacional conceden al estado ribereño el derecho a tomar medidas de fiscalización para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos en material fiscal, de aduana, inmigración y sanitaria[26].

En la zona económica exclusiva la República también goza de los derechos que concede el derecho internacional que asimismo se ven re- flejados en la legislación interna[27].Sin embargo la medida de estas doscien- tas millas debe ser comunicada a la comunidad internacional a través de las cartas geográficas y náuticas oficiales a fin de que los Estados extran- jeros queden notificados[28]

En cuanto a la plataforma continental, definida como “ el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden mas allá de su mar te-

[24] Art. 50 del Decreto con fuerza de Ley ya citado.

[25] *Ídem* artículo 52.

[26] *Ídem* artículo 51.

[27] *Ídem* artículo 53: (ord. 1) “derechos de soberanía a los fines de exploración, explotación, conservación, y administración de los recursos naturales, de las aguas suprayacentes, y sobre otras actividades tendentes a la exploración y explotación sustentable económica de la zona, tales como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos” y (ord. 2) “jurisdicción, con arreglo a lo previsto en este Decreto-Ley en lo relacionado con: a) el establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, b) la investigación científica marina y c) la protección y preservación del medio marino”.

[28] Decreto Ley citado art. 54.

rritorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio has- ta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas millas náuticas...”[29] la República ejerce también derechos que le concede el derecho internacional convencional, el general y el doméstico en la medida en que no esté en contradicción con el internacional.

Derechos no soberanos

Por último el artículo 11 de la Constitución de 1999 dispone que a la República corresponden derechos en el espacio ultraterrestre supra-yacente y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la hu- manidad aunque subordina los mismos a los términos y condiciones del derecho internacional y el derecho interno.

Estimamos que esta parte del texto constitucional abre un para-guas para futuros desarrollos tecnológicos que pudieran resultar en la ne-cesidad de acoger o al menos estudiar nuevas interpretaciones legales. Ello no es sino una lógica previsión en estos tiempos de inusitados avan- ces que en pocos lustros han cambiado sustancialmente los horizontes de la raza humana y los conceptos que en tal sentido se habían consolidado durante muchos siglos.

En esta materia el texto legal recogido en la Constitución de 1999 fue bastante más moderado que el proyecto original que en tal sentido so-metió a la Asamblea Nacional Constituyente el presidente Hugo Chávez[30]. En aquella oportunidad expusimos ante la opinión pública nacional[31] nues-tra apreciación desfavorable a la inclusión de pretensiones de soberanía en espacios –que además de no ser territoriales– su ejercicio es impracticable, como lo son el espectro electromagnético y la órbita geoestacionaria[32] que

[29] Decreto Ley citado art. 61.

[30] Capítulo III-Del Estado- Segundo artículo sin número- (Proyecto presentado por Hugo Chá-vez) “...tambien forma parte del ejercicio de la soberanía el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, así como el segmento de órbita geoestacionaria en conformidad con el derecho internacional y las leyes de la República..”.

[31] “El Universal” 21/8/99 – pág. 1-4 y “El Universal” 28/8/99 pág. 1-4.

por definición pertenecen al patrimonio común de la humanidad como en efecto se terminó reconociendo en el texto definitivo.

Aquellos pretendidos excesos seguramente estuvieron inspirados en posiciones de exagerado entusiasmo nacionalista pero en modo alguno podían tener posibilidades de ser opuestas ante la comunidad internacional si es que a la hora de la verdad hubieran sido incluidas en el texto fundamental.

La afirmación que antecede, en lo que respecta al espectro electromagnético, se sustenta en lo dispuesto por la Base Décima de la convocatoria al referéndum del 25 de abril de 1999 para la Asamblea Nacional Constituyente transcrita *ut supra*, ya que el tratado constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones[33] del que Venezuela es parte, establece que tal espectro no es propiedad de ningún Estado en particular sino que en el mismo ellos tienen tan solo el derecho de reglamentar su uso dentro del marco del concepto de patrimonio común.[34] En conse- cuencia una disposición constitucional como la que se proponía hubiese sido nula.

En lo referente a la órbita geoestacionaria, entendemos que hasta la fecha Venezuela no es signataria de ningún instrumento contractual internacional sobre el particular, y es nuestra opinión la de que tampoco existe principio alguno de derecho internacional general que permita el ejercicio de derechos tan excluyentes como el de soberanía sobre dichos espacios, incluidos en el concepto de “espacio exterior”, en el cual sí está bien establecido el concepto de patrimonio común tanto a nivel de dere- cho internacional general como convencional.

---

32 Ocurre cuando un satélite orbita la Tierra a la misma velocidad que la rotación de ésta por cuya razón luce como que siempre está sobre el mismo punto.

33 Fundada en 1865 como Unión Postal Universal, luego convertida en Unión Internacional de Telecomunicaciones. Su actual Convención fue adoptada en la Conferencia de Nairobi, Kenya, en octubre de 1982 entrando en vigencia el 1/1/1984.

34 Unión Internacional de Telecomunicaciones - ITU Radio Regulations de 1982 modificadas por las regulaciones WARC de 1986 (Conferencia Mundial Administrativa de Radio).

Derecho Internacional Público

¿Pueden las Cortes Internacionales "crear" Derecho?
(Dos casos puntuales)

Rafael Nieto Navia

I | Introducción

En el XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (I.H.L.A.D.I) (Quito, 13-17 de Septiembre 2004), el profesor chileno Francisco Orrego Vicuña presentó una interesantísima ponencia titulada "Creación del Derecho Internacional en una Sociedad Global: ¿Importa todavía el Consentimiento?"[1] La tesis central del autor es la de que, no obstante lo que digan algunos autores y la pretensión de algunas organizaciones internacionales en contrario, el consentimiento, expreso o tácito, de los sujetos facultados para ello sigue siendo indispensable en la formación del derecho internacional moderno. Es verdad que la formación de las fuentes se ha agilizado para ponerse a tono con un mundo globalizado rápidamente cambiante. Pero ello no significa que decisiones no vinculantes, políticas o de otro orden, se conviertan en derecho sin más ni más. Hay quienes impulsan esta tendencia pero "el peligro hoy en día es que el derecho internacional puede quedar sumergido bajo los imperios rivales de papel que emanan de las reuniones de las delegaciones de los gobiernos"[2]. "El consentimiento no es sólo un requisito formal y una salvaguardia de la soberanía, como en ocasiones se lo ha descrito (M.

---

[1] Publicado por la Secretaría General del I.H.L.A.D.I, Madrid 2004.

[2] R.Y. Jenings, *The Discipline of International Law,* McNair Lecture, International Law Association Conference, 1976, cit. por O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, Cap. V,

Koskenniem: *The Politics of International Law*, European Journal of International Law, Vol. 1, 1990, 4-32, pp. 14-20). Es el garante mismo de la legitimidad y del estado de derecho en la comunidad internacional en la me- dida en que otros medios para garantizar estos fines no estarán disponibles"[3].

Sólo las normas que vinculen el consentimiento del Estado directa o indirectamente[4] lo obligan. Y solamente las normas que lo obligan pueden, eventualmente, ser objeto de procedimientos para hacer coactivo su cumplimiento o para sancionar su violación. Dicho de otro modo, los Estados no están obligados por "normas" a las que no hayan dado su consentimiento, ni pueden ser sujetos a jurisdicción internacional o a sanciones por su no cumplimiento."Las normas jurídicas normalmente generan obligaciones vinculantes y es por eso que son consideradas las principales normas de derecho internacional que requieren alguna forma de consentimiento. Por otro lado, es un hecho conocido que en el derecho internacional el cumplimiento de una norma es independiente y distinto a la existencia de la norma, y es por eso que ésta última puede ser independiente de las sanciones y de la responsabilidad, razón por la cual las sanciones y la responsabilidad normalmente son clasificadas como normas secundarias que intervienen para remediar violaciones de las normas primarias"[5]. Es el carácter vinculante lo que, por otra parte, otorga jurisdicción, llegado el caso, al tribunal internacional y sólo en la medida en que tal vinculación exista, es decir, en la extensión en la que el consentimiento haya sido manifestado. Dicho de otro modo, la responsabilidad ju-

---

p. 79, cit. por Orrego, p. 15. La referencia se hace a las "decisiones" adoptadas por asambleas de organizaciones internacionales por "consenso" y que se pretende que constituyen fuente de derecho. No siempre, como lo afirma Orrego, el voto de un gobierno en tales oportuni- dades tiene la intención de comprometerse pasando por encima de sus procedimientos constitucionales y ni siquiera puede entenderse como parte de la formación de la *opinio ju- ris* (*Id.* p. 14).

3 *Id.* p. 9.

4 Como es el caso contemplado en el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Véase sobre el particular C. Tomuschat, *Obligations arising for States without or against their will*, Recueil des Cours de la Academie de Droit International (R. des C.), 1993, IV, 199-374.

5 Orrego, *op.cit. supra* nota 1, p. 10.

rídica internacional del Estado solamente se genera si la norma tiene para el Estado un carácter jurídicamente vinculante. Y deben las cortes o tribunales interpretar el instrumento en que se basa su jurisdicción a la luz de las normas de interpretación, incluida la intención de la o las partes[6].

II | Las fuentes del Derecho Internacional

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38 recoge las fuentes (entendidas como el hontanar donde el juez internacional hallará la norma que debe aplicar en un caso bajo su consideración):

---

[6] Véanse, entre otros, los casos de *Aegean Sea Continental Shelf Plateau (Greece v. Turkey)*, ICJ Reports 1978, 3 y ss. y *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* ICJ Reports, 1994, 112 y ss, en los que la Corte Internacional de Justicia discutió instrumentos que se pretendía le otorgaban jurisdicción. En el primer caso "Grecia ba- saba la jurisdicción de la Corte en el Acta General para la Solución Pacífica de Diferencias de 1928 (art. 17) –a la cual Grecia había formulado una reserva, relativa a excluir 'cuestiones que por derecho internacional quedan exclusivamente bajo jurisdicción doméstica y en particular disputas relativas al status territorial griego'–, y en un comunicado conjunto de las dos Partes de mayo de 1975, que, según entendía, constituía un acuerdo para enviar el caso a la Corte. Al considerar la jurisdicción, sin embargo, la Corte encontró que las cuestiones relativas a la plataforma continental estaban ligadas al 'status territorial', y descartó igualmente el Comunicado conjunto como acuerdo para referir el caso a la Corte y, en consecuencia, aceptó la posición turca relativa a la jurisdicción, de manera que el caso no fue resuelto (Véase L. Gross, *The Dispute between Greece and Turkey concerning the Continental Shelf in the Aegean Sea*, en American Journal of International Law, vol. 71 (1977), 31-59)" (R. Nieto Navia, *Jurispudencia en materia de delimitación marítima*, en: *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda*, The Hague, 2000, 109-137, p. 110). En el segundo Qatar basó su solicitud de jurisdicción en acuerdos contenidos en cartas cruzadas entre las Partes con la intervención del Rey de Arabia Saudita, que contenían una fórmula propuesta por Bahrain que Qatar había aceptado. En su decisión de 1 de Julio de 1994, la Corte decidió que tales cartas y unas "minutas" firma- das por los Ministros de Relaciones Exteriores de los tres Estados constituían acuerdos inter- nacionales pero que no constituían el sometimiento mismo a la Corte del caso –porque la demanda solamente reflejaba parcialmente la llamada "fórmula bahrainí"- sino la intención de hacerlo, por lo cual dio a las partes la oportunidad de someter a ella la "totalidad de la dispu- ta", la que, finalmente, fue resuelta en decisión del 16 de marzo de 2001.

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho[7];

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

2. [.] Este artículo, como es bien sabido de los estudiosos de la materia, no establece jerarquía alguna en las fuentes.Y la práctica de la Corte ha sido la de aplicarlas sin distinción alguna y simultáneamente.Tampoco incluye *todas*

Es muy conocida la noción de *costumbre internacional*, entendida como una práctica reiterada (elemento material) generalmente aceptada como derecho (elemento psicológico, la *opinio juris sive necessitatis*, la conciencia de que lo que se practica es obligación legal). No vamos a detenernos, porque escapa a nuestro tema, en las diversas disquisiciones sobre la costumbre que, a pesar de la labor codificadora de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sigue siendo la fuente principal –no en jerarquía, sino en volumen– del derecho internacional. Para eso remitimos a los abundantes trabajos sobre el tema[8].

Lo cierto es que, si hablamos de *principios de derecho internacional*, uno de ellos es que la costumbre, como el tratado, es fuente de derecho. Si bien la norma *pacta sunt servanda* es aplicable, como su nombre (*pacta*) lo indica, a los tratados, ésta deriva su fuerza de la costumbre y és-

[7] Los autores han hecho críticas a la formulación de este acápite porque no es la costumbre la prueba de una práctica sino la práctica la prueba de una costumbre. Debería decir "la costumbre internacional como una práctica generalmente aceptada como derecho" (R. Higgins, *Problems & Process: International law and how we use it*, 1994, p.18).

[8] Por ejemplo, J. A. Barberis, *Formación del derecho internacional*, 1994 y la bibliografía allí citada.

ta, a su vez, no de una norma hipotética como decía Kelsen[9], sino de un principio de lógica jurídica que puede enunciarse de manera similar: *consuetudines sunt servandae*.

Con frecuencia los tratados y la costumbre están íntimamente imbricados. Unas veces porque los tratados son codificación de costumbre, otras porque los tratados generales se convierten en costumbre aún antes de entrar en vigor para todos los Estados. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es un buen ejemplo en ese sentido: era una Convención codificadora de derecho consuetudinario pero contenía normas de *lege ferenda,* como las referentes a reservas, que adquirieron fuerza de costumbre muy rápidamente[10].

Cabe preguntarse, naturalmente, cómo es posible identificar una costumbre, es decir, cómo es posible saber que una práctica constante y reiterada de los Estados ha adquirido la conciencia jurídica para convertirse en una costumbre, norma jurídicamente obligatoria. Para eso están, precisamente, las fuentes auxiliares que menciona el articulo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuando, luego de citar como fuentes las convenciones, la costumbre y los principios generales de derecho, agrega: las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59[11].

Es decir, hay que buscar el auxilio de la jurisprudencia y de la doctrina para determinar las reglas enumeradas en los incisos a) a c) del artículo 38. En el sistema jurídico anglosajón (*common law*) a la jurisprudencia

---

9 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1946, p. 369 y *Principios de derecho internacional* (ed. castellana), 1965, p. 360. El fundamento de la regla *Pacta sunt servanda* es la costumbre. Y el de la costumbre una norma fundamental hipotética *(Grundnorm*). De donde la costumbre resulta ser una fuente autónoma (*Principios de derecho internacional*, p. 268).

10 Los *Libros Blancos* de Nicaragua y Colombia *sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia* (1979) son una buena prueba en la materia: ambos se basan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero en aquel momento ninguno de los dos Estados la había ratificado. Le reconocían, entonces, valor de derecho consuetudinario.

11 Que se refiere a la no aplicabilidad de las decisiones de la Corte a casos distintos del asun- to concreto decidido.

se le otorga el valor de ley[12], sea porque obliga a los tribunales de primera instancia a seguir los precedentes de los de instancia superior, sea porque se obliga a todos los tribunales a atenerse a su propia jurisprudencia y a la ajena, exigiéndoles una sustentación especial si se quieren apartar de ella.También el sistema continental, romano o francés, como indistintamente se le llama, exige de los jueces, como mecanismo para dar seguridad a los negocios jurídicos y a la interpretación de la ley, seguir la jurisprudencia existente sobre el mismo tema, aunque no de manera que se cree por ello norma obligatoria como en el sistema del *common law*[13].

Aún a pesar de que la redacción del artículo 38,1,d. del Estatuto no es todo lo clara que hubiera sido de desear, la interpretación del mismo en conjunción con el artículo 59 indica que se adoptó el sistema continental y que la sentencia de la Corte es jurídicamente obligatoria solamente para las partes en el caso y que su valor es únicamente el de medio auxiliar para precisar las normas internacionales en otros litigios.

Es, precisamente, la dificultad para concluir que los elementos esenciales de la costumbre se han dado para lo que auxilian la jurispru- dencia y la doctrina. Cuando un tribunal determina la existencia de una costumbre, debe basarse en la "prueba" de la *opinio juris* con base en las fuentes auxiliares.

¿Cuáles son los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas? La respuesta puede ser bastante larga, por supues- to. Pero será breve si la referimos a los que aquí nos interesa.

Podemos contestar que incluyen, como es natural, el principio de *la buena fe* y la norma *pacta sunt servanda*. Igualmente, aquellos que aparecen en Resoluciones adoptadas por la Asamblea general de Naciones Unidas como la Declaración 2131 (XX) (*Inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía*) o la Resolución 2625 (XXV) (*Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la coopera- ción entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas)*[14]

---

[12] "Los usos de las naciones conviértense en ley, y lo que es norma establecida por la práctica es norma legal". U. S. Supreme Court *United States vs. Pecherman (1833)*, 7 Peters 51.

[13] J. A. Barberis, *Fuentes del Derecho internacional*, La Plata, 1973, p. 264.

[14] Sobre el valor de estas Resoluciones como *derecho consuetudinario*,Hvi.ggins, *op. cit. supra*

nota 7, p. 22 y ss.

o los principios de efectividad[15] y reciprocidad[16]. O ciertos principios de lógica jurídica que permiten la aplicación judicial de la norma. Pero no todos nos interesan aquí y ahora.

Los autores han discutido extensamente sobre lo que podría constituir la norma fundamental o principio central del derecho internacional público (*Grundnorm*). Anzillotti menciona la norma *pacta sunt servanda*[17], Kelsen dice que *los Estados deben comportarse conforme al uso establecido*[18], Verdross habla de *los principios generales de derecho* y *la buena fe*[19] y Kaufmann de *normas extra y supralegales*[20].

La regla[21] *pacta sunt servanda* está íntimamente vinculada al principio de la buena fe, de manera que forma con él un todo inseparable. El Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas la menciona[22], y su artículo 2.2[23] así como el artículo 26 de la Convención de Viena la vinculan a la buena fe[24].

---

15 V. sobre el particular,Tcuscoz, J., *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris (1964).

16 V. sobre el particular, Decaux, E., *La reciprocité en droit international*, París (1980) y los dos es- tupendos estudios sobre el tema en R. des C., uno de Jean Pierre Niboyet (1935) II, pp. 52 y ss. y otro de Michel Viralli, (1967) III, pp. 122 y ss.

17 *Corso de diritto internazionale* .(14972y3)s,sp. p

18 *General Theory of law and State*, p. 369 y *Principios de derecho internacional*, p. 360, ambas *cit. supra* nota 9.

19 *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

20 *Régles générales de droit de la paix*, R. des C. (1935), p. 515.

21 No vamos a entrar aquí en la discusión de si se trata de una norma jurídica o de un principio de lógica jurídica. Consagrada como está en el artículo 26 de la Convención de Viena (*Pacta sunt servanda.*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe), esa discusión ya pasó de moda.

22 "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos...a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y *de otras fuentes del derecho internacional*" (el subrayado es añadido).

23 "Los Miembros de la Organización...cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Carta"

24 *Régles générales de droit de la paix*, R. des C. (1935), p. 515. La Comisión de Derecho Inter- nacional en su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comenta- rios, en: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, afirma que " el principio de

La Resolución 2625 (XXV) dice:

- Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Uni- das.
- Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos.
- Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos (subrayados añadidos).

Es decir, a lo que los Estados se obligan frente a la comunidad internacional es a cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído frente a ella y a sus miembros, incluso algunas no enumeradas expresamente en el artículo 38 como las decisiones de organizaciones internacionales que estén facultadas para tomarlas con carácter obligatorio –facultades que se desprenden de sus estatutos– y las que deriven de aquellos actos unilaterales de los Estados que, por su carácter, los comprometen, como es el caso de ciertas declaraciones que producen efectos jurídicos, incluso, llegado el caso, el *estoppel*, la renuncia, la aceptación, la manifesta- ción del consentimiento en la celebración de los tratados[25], las reservas[26] etc. que son actos unilaterales que al tener recepción en otro u otros Es- tados generan una especie de "acuerdo" del cual el Estado solamente se puede librar con el consentimiento del o de los otros interesados.

Las cortes y tribunales internacionales están limitadas por estos principios y por lo que les señalen sus estatutos, tal como han sido aceptados por los Estados partes.

Sin perjuicio de los *obiter dicta* que se encuentran ocasionalmente en sus decisiones, la Corte Internacional de Justicia ha sido estricta cuando de aplicar el artículo 38 del Estatuto se trata y, si hubiere un caso

la buena fe es un principio jurídico que forma parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*" (p. 32).

[25] Artículo 2 b) de la Convención de Viena.

[26] *Ibid.* artículos 20 y 21.

en que no, no es fácil de encontrar. El artículo es suficientemente amplio y la Corte misma no ha necesitado aumentar, si así pudiere decirse, a través de la jurisprudencia sus propias atribuciones.

III | Caso 1: El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY)[27]

a) Algunos antecedentes

• El 6 de octubre de 1992 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, alarmado por los informes relativos a muy extendidas violaciones del derecho internacional humanitario (DIH) en el territorio de la antigua Yugoslavia, especialmente en Bosnia y Herzegovina, y teniendo en cuenta que las partes en ese conflicto estaban obligadas a cumplir con sus obli- gaciones bajo el DIH, en particular las Convenciones de Ginebra de 1949, solicitó al Secretario General establecer con carácter urgente una Comi- sión Especial de Expertos para examinar y analizar la información someti- da en la materia por los Estados[28], ciertos órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones[29].

• El 26 de enero de 1993 la Comisión de Expertos sometió un in- forme provisional[30] en el que sugirió el establecimiento de un tribunal *ad- hoc*. Con base en éste y otros informes[31] y tomando nota de la recomen- dación del Co-Presidente del Steering Committee de la Conferencia

[27] V. R. Nieto Navia, *Introductory Remarks on the Establishement and Operation of the International (adhoc) CibruimnainlsafloTr the Former Yugoslavia and Rwanda* , en: *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, (2002), tomo II, 819-858.

[28] Según Resolución 771 (1992).

[29] U.N. Doc. S/RES/780 (1992).

[30] U.N. Doc. S/25274.

[31] Como los informes de la misión investigativa de la Comunidad Europea sobre el tratamien- to dado a las mujeres musulmanas en la Antigua Yugoslavia (S/25240, annex I), el informe del comité de juristas presentado por Francia (S/25266), el informe del comité de juristas pre- sentado por Italia (S/25300) y el informe presentado por el Representante Permanente de Suecia en nombre del Presidente de la Conferencia Europea de Seguridad y Cooperación (CSCE) (S/25307).

Internacional sobre la Antigua Yugoslavia[32], el Consejo de Seguridad decidió, mediante Resolución 808 del 22 de febrero de 1993, que debería estable- cerse un tribunal internacional para juzgar a aquellas personas responsables de violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la antigua Yu- goslavia desde 1991 y solicitó al Secretario General someter a la conside- ración del Consejo un informe comprensivo de “todos los aspectos” sobre la materia, “incluyendo propuestas específicas y, donde cupieran, alternati- vas” para la implementación de la decisión de establecer el tribunal[33].

• El Informe del Secretario General, presentado al Consejo de Seguridad el 3 de mayo de 1993, contenía una introducción, un capítulo sobre las bases legales del establecimiento del tribunal y un proyecto de estatuto sobre la competencia y organización del mismo al cual se agre- garon los comentarios correspondientes[34].

• El Secretario general reconoció que la manera normal de cre- ar el tribunal *adhoc* debería ser la adopción por una conferencia interna- cional o por la Asamblea General de un tratado, sujeto naturalmente a to- das las etapas necesaria para su entrada en vigor. Sin embargo, teniendo en cuenta el considerable tiempo requerido para semejante tarea y que no había garantía de que se recibieran las ratificaciones de aquellos Esta- dos interesados[35], sugirió que el tribunal internacional fuera establecido por el Consejo de Seguridad actuando bajo las provisiones del Capítulo VII de la Carta, que rige la acción del mismo en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Según el Secretario General “[s]uch a decision would constitute a measure to maintain or res- tore international peace and security, following the requisite determina- tion of the existence of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression”.[36] El tribunal sería un órgano subsidiario de naturaleza judi- cial en los términos del artículo 29 de la Carta. Se le requeriría desempe-

---

[32] U.N. Doc. S/25221.

[33] U.N. Doc. S/RES/808 (1993), 22 February 1993.

[34] Report of the Secretary-General, U.N. Doc. S/25704 (3 May 1993) (Report of the Secretary-General).

[35] Report of the Secretary-General, paras. 19-21.

[36] Report of the Secretary-General, para. 22. El artículo 39 de la Carta dice:“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o ac-

to de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformi-

ñar sus funciones de manera independiente de consideraciones políticas y en relación con sus funciones judiciales[37] no estaría sujeto a la autoridad y control del Consejo de Seguridad. El tribunal tendría la tarea de aplicar el DIH existente dentro de los límites de su mandato específico[38].

• El Consejo de Seguridad aprobó el informe del Secretario Ge- neral y, por Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 creó el Tribunal. El Estatuto se anexó a la Resolución[39].

b) La jurisdicción del Tribunal *ratione materiae*

La jurisdicción del Tribunal *ratione materiae* quedó determinada en los artículos 2 a 5 del Estatuto. En cada caso el Secretario General en su informe se refirió a esas materias.

Como introducción a este tema, el Secretario General fue terminante cuando dijo que:

> the application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adhe- rence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law[40].

Luego fue más específico y, antes de entrar a dar sus ideas respecto de la jurisdicción particular del Tribunal en razón de la materia, determinó lo que, en su opinión, constituía lo que "sin duda forma parte de derecho consuetudinario":

---

dad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer 1a paz y la seguridad internacionales". El artículo 41 se refiere a las medidas que no envuelven el uso de la fuerza y que puede adoptar el Consejo y el 42 a aquellas que puede adoptar si las del artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo.

37 Report of the Secretary-General, para. 28.

38 Report of the Secretary-General, para. 29.

39 U. N. Doc. S/RES/827 (1993) (25 May 1993).

40 Report of the Secretary-General, para. 34.

The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in ar- med conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims[41]; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907[42]; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948[43]; and the Charter of the Inter- national Military Tribunal of 8 August 1945[44] (Bastardillas añadidas. Las notas de pié de página son las originales)[45].

El artículo 2 se refiere a las Violaciones Graves a las Convenciones de Ginebra de 1949[46], que el Secretario General comentó de la siguiente manera:

[41] Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949, Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949, Con- vention relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949, Convention relati- ve to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 970-973).

[42] Carnegie Endowment for International Peace, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (ONxefowrdYoUrkn,iversity Press, 1915), p. 100.

[43] United Nations,Treaty Series, vol. 78, No. 1021.

[44] The Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, signed at London on 8 August 1945 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, No. 251); see also Judgement of the International Military Tribunal for the Prosecution and Punis- hment of the Major War Criminals of the European Axis (United States Government Prin- ting Office, *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement)* and General Assembly re- solution 95 (I) of 11 December 1946 on the Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal.

[45] Report of the Secretary-General, para. 35.

[46] El artículo dice:

Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- wilful killing;

> The Geneva Conventions constitute rules of international humanitarian law and provide the core of the customary law applicable in international armed conflicts[47].

Refiriéndose al artículo 3 sobre Violaciones de las leyes y costumbres de la guerra[48] el Secretario General comentó:

> The 1907 Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto comprise a second important area of conventional humanitarian international law which has become part of the body of international customary law.

Y agregó:

> The Nürnberg Tribunal recognized that many of the provisions contained in the Hague Regulations, although innovative at the time of their adoption were, by 1939, recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war.The Nürnberg Tribunal also recognized that war crimes defined in article 6(b) of the Nürnberg Charter were already recognized as war crimes under international law, and covered in the Hague Regulations, for which guilty individuals were punishable.
>
> The Hague Regulations cover aspects of international humanitarian law which are also covered by the 1949 Geneva Conventions. However, the Hague Re- gulations also recognize that the right of belligerents to conduct warfare is not unlimited and that resort to certain methods of waging war is prohibited un- der the rules of land warfare.

- torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- wilfully causing great suffering or serious injury to body or health;
- extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried our unlawfully and wantonly;
- compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;
- unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- taking civilians as hostages.

[47] Report of the Secretary-General, para. 37.

[48] El artículo dice:Violations of the laws or customs of war.The International Tribunal shall have

These rules of customary law, as interpreted and applied by the Nürnberg Tribunal, provide the basis for the corresponding article of the statute[.][49]

Sobre el artículo 4, Genocidio[50], dijo:

The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide confirms that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law for which individuals shall be tried and punished.The Convention is today considered part of international

---

the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:

- employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
- wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;
- attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns. Villages, dwellings, or buildings;
- seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity or education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;
- plunder of public or private property.

[49] Report of the Secretary-General, paras. 41-44.

[50] El artículo dice: Genocide. 1. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.

2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- killing of members of the group;
- causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about it physical destruction in whole or in part;
- imposing measures intended to prevent births within the group;
- forcibly transferring children of the group to another group.

The following acts shall be punishable:

- genocide;
- conspiracy to commit genocide;
- direct and public incitement to commit genocide;

> customary law as evidenced by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Pu- nishment of the Crime of Genocide, 1951[51].

Finalmente, sobre el artículo 5, Crímenes contra la humanidad[52], dijo:

> Crimes against humanity were first recognized in the Charter and Judgement of the Nürnberg Tribunal, as well as in Law No. 10 of the Control Council for Germany[53]. Crimes against humanity are aimed at any civilian population and are prohibited regardless of whether they are committed in an armed con- flict, international or internal in character[54](las notas son del original).

Como puede verse, el carácter consuetudinario de las normas y la aplicación del principio *Nullum crimen* fueron celosamente tenidos en cuenta en el Informe del Secretario General.

- attempt to commit genocide;
- complicity in genocide.

[51] Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Advisory Opinion of 28 May 1951, International Court of Justice Reports, 1951, p. 23 (nota del original).

[52] El artículo dice: Crimes against humanity. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- murder;
- extermination;
- enslavement;
- deportation;
- imprisonment;
- torture;
- rape;
- persecutions on political, racial and religious grounds;
- other inhumane acts.

[53] *Official Gazette of the Control Council for Germany, No. 3, p. 22, Military Government Gazette, Germany, British Zone of Control, No. 5, p. 46, Journal Officiel du Commandement en Chef Français en Allemagne, No. 12 of 11 January 1946.*

[54] In this context, it is to be noted that the International Court of Justice has recognized that the prohibitions contained in common article 3 of the 1949 Geneva Conventions are

based

c) La decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic

La primera decisión de fondo que tomó la Cámara de Apelaciones del Tribunal se llamó *Tadic Case, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal* (*Tadic* Jurisdiction Decision) del 2 de octubre de 1995. Tadic, que fue el primer acusado, interpuso un recurso en el que desconocía la jurisdicción del Tribunal.

El ataque a la jurisdicción del Tribunal tenía tres ramas:

la creación del Tribunal había sido ilegal. El apelante se refería a que el Consejo de Seguridad había actuado en violación de la Carta.

El concepto de que el Tribunal prevalece sobre las cortes internas era equivocado

El Tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae*. En este caso porque la jurisdicción bajo los artículos 2,3 y 5 del Estatuto se limitaba a crímenes cometidos en el contexto de conflictos armados internaciona- les y el conflicto *sub judice* era interno. La tesis del Fiscal fue la de que los conflictos en la antigua Yugoslavia tal como lo había determinado el Con- sejo de Seguridad[55].

Para los propósitos de este ensayo nos interesa solamente esta última parte y, de ella, solamente la que se refiere al artículo 3, por los razones que veremos enseguida.

La Cámara puntualizó que las violaciones graves a las Convenciones a que se refiere el artículo 2 son aplicables en conflictos internacio- nales; y que una lectura literal del artículo 3 podría conducir a pensar que se aplica a cualquier tipo de conflicto pero que, como el artículo 5 hace expresa referencia a ambos tipos de conflicto, un argumento *a contrario* indicaría que el artículo 3 se aplica a uno solo[56]. El Informe del Secretario general, sin embargo, dijo que la cláusula de jurisdicción *ratione temporis* del Estatuto “clearly intended to convey the notion that no judgement as to the international or internal character of the conflict was being exerci-

---

on “elementary considerations of humanity” and cannot be breached in an armed conflict, regardless of whether it is international or internal in character. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement of 27 June 1986: I.C.J. Reports 1986,* p. 114.

55 *Tadic* Jurisdiction Decision, paras. 2 y 65.

56 *Tadic* Jurisdiction Decision, para. 71.

sed"[57]. Los miembros del Consejo, por su parte, no determinaron el asunto[58]. El argumento del Fiscal no era, entonces, cierto.

Respecto del artículo 3, la Cámara de Apelaciones dijo que, si bien es cierto que, como dijo el Informe del Secretario General, el artículo se basa en las normas de la Convención IV y sus Reglas anexas de 1907, el mismo menciona que la lista no es exhaustiva y se refiere a una categoría más amplia de ofensas, "todas las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra"[59]. Dijo la Cámara que, tomando el artículo "in the general context of the Secretary-General's discussion of the Hague Regulations and international humanitarian law…this list may be construed to include other infringements of international humanitarian law", con el resultado de que debe ser interpretado como algo "much broader than the enumerated violations of Hague law[60]". En consecuencia, concluyó que el artículo 3 es:

> a general clause covering all violations of humanitarian law not falling under Article 2 or covered by Articles 4 or 5, more specifically: (i) violations of the Hague law on international conflicts; (ii) infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as 'grave breaches' by those Conventions; (iii) violations of common Article 3 and other customary rules

[57] Report of the Secretary-General, para. 62.

[58] *Tadic* Jurisdiction Decision, para. 76.

[59] *Tadic* Jurisdiction Decision, para. 87. La Cámara de Apelaciones consideró la expression "violation of laws or customs of war" como "a traditional term of art used in the past," ya reemplazado por las nociones de "conflicto armado" (que aparece por primera vez en las Convenciones de Ginebra) y "the more recent and comprehensive notion of 'international humanitarian law', which has emerged as a result of the influence of human rights doctrines on the law of armed conflict." Esta afirmación parece asimilar "laws and customs of war" e "international humanitarian law". Sin embargo, no todas las leyes de la Guerra son parte del DIH como puede fácilmente verse cuando se analiza el contenido de la Convención IV de La Haya y el artículo 3 del Estatuto. Debe notarse que el artículo 85.5 del Protocolo I puntualiza que "[s]in perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como *crímenes de guerra*" (bastardillas añadidas), siendo ésta la primera vez que esta expresión se usó en referencia a las leyes de Ginebra.

[60] *Tadic* Jurisdiction Decision, para. 88.

of internal conflicts; (iv) violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered qua treaty law, i.e., agreements which have not turned into customary international law.[61]

Al extenderlo a toda violación seria del DIH no cubierta por otros artículos del Estatuto, la Cámara describió el artículo 3 como "a residual clause designed to ensure that no serious violation of international humanitarian law is taken away from the jurisdiction of the International Tribunal."[62] En otras palabras fue interpretado como una especie de paraguas que cubre todas las otras violaciones (*serias*[63]) del DIH. La Cámara dijo que para que un crimen caiga dentro del artículo deben cumplirse cuatro condiciones, a saber:

• the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law;
• *the rule must be customary in nature* or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met [….[64]];
• the violation must be "serious", that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim [….];

[61] *Tadic* Jurisdiction Decision para. 89.

[62] *Tadic* Jurisdiction Decision para. 91. La Cámara dijo que "[t]his construction of Article 3 is also corroborated by the object and purpose of the provision. When it decided to establish the International Tribunal, the Security Council did so to put a stop to all serious violations of international humanitarian law occurring in the former Yugoslavia and not only special classes of them, namely 'grave breaches' of the Geneva Conventions or violations of the 'Hague law'. *Thus, if correctly interpreted, Article 3 fully realizes the primary purpose of the establishment of the International Tribunal, that is, not to leave unpunished any person guilty of any such serious violation, whatever the context within which it may have been committe.*" (para. 92) (bastardillas añadidas).

[63] *Tadic* Jurisdiction Decision para. 90.

[64] The Appeals Chamber refers to a treaty which "(i) [is] unquestionably binding on the parties at the time of the alleged offence, and (ii) is not in conflict with or derogated from peremptory norms of international law, *as are most customary rules of international humanitarian law*" (emphasis added). *Tadic* Jurisdiction Decision para. 143. This is a very general statement that improperly broadens the concept of peremptory norms (*jus cogens*) in international law (*See* below some observations on the peremptory norms of international humanitarian law).

• the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule.[65]

La Cámara encontró un argumento adicional en la circunstancia de que, durante la discusión sobre el Estatuto, tres miembros permanen- tes del Consejo de Seguridad (Francia, Reino Unido y Estados Unidos) consideraron la expresión "laws and customs of war" suficientemente am- plia para incluir "all obligations under humanitarian law agreements in for- ce in the territory of the former Yugoslavia at the time the acts were com- mitted, including common article 3 of the 1949 Geneva Conventions, and the 1977 Additional Protocols to these Conventions"[66], lo que permitió a la Cámara concluir:

> Since no delegate contested these declarations, they can be regarded as providing an authoritative interpretation of Article 3 to the effect that its scope is much bro- ader than the enumerated violations of Hague law.
> In light of the above remarks, it can be held that Article 3 is a general clause co- vering all violations of humanitarian law not falling under Article 2 or covered by Articles 4 or 5, more specifically: (i) violations of the Hague law on international conflicts; (ii) infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as "grave breaches" by those Conventions; (iii) violations of com- mon Article 3 and other customary rules on internal conflicts; (iv) violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered qua treaty law, i.e., agreements which have not turned into customary international law[67].

Y agregó:

> It follows that the International Tribunal is authorised to apply, in addition to customary international law, any treaty which: (i) was unquestionably binding on the parties at the time of the alleged offence; and (ii) was not in conflict with or derogating from peremptory norms of international law, as are most customary rules of international humanitarian law[68].

[65] *Tadic* Jurisdiction Decision para. 94.

[66] Provisional Verbatim Record of the 3217th Meeting, U.N. Doc. S/PV.3217 (25 May 1993), p. 15

[67] *Tadic* Jurisdiction Decision paras. 88 y 89.

[68] *Tadic* Jurisdiction Decision para. 143.

Sobra decir que las Cámaras del Tribunal han usado esta jurisprudencia con amplitud y libertad. Sin embargo, es nuestra opinión que el Informe del Secretario General constituye, para los efectos del Estatuto, lo que a los tratados serían los *travaux preparatoires*[69] que, en materia de interpretación, sirven para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general de interpretación de documentos internacionales, según la cual "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"[70]. El sentido corriente del artículo 3, de su *chapeau* en adelante, es que se refiere a el Convenio IV de La Haya de 1907 y que la expresión "[s]uch violations shall include, but not be limited to" antes de la enumeración se explica porque las Regulaciones anexas al Convenio IV son mucho más amplias que la resumida enumeración que hace el artículo 3. Como se dijo arriba, el Secretario General afirmó que algunas, pero no todas, de las regulaciones de 1907 están cubiertas hoy por las Convenciones de Ginebra (en cuyo caso quedan cu- biertas por el artículo 2) y constituyen derecho consuetudinario de la ma- nera como fueron interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nuremberg. No como las pudieran haber entendido los representantes permanentes de tres Estados en el Consejo de Seguridad o el mutismo de los demás. El principio *nullum crimen* es vertebral en el derecho penal y de ahí el celo del Secretario General en preservarlo, hasta enumerar específicamente las normas que consideró que eran derecho consuetudinario más allá de to- da duda. Celo que no mostró la Cámara de Apelaciones del ICTY en la decisión que comentamos, que amplió innecesariamente las propias atri- buciones del Tribunal, en un acto que, en nuestra opinión, excede las atri- buciones que el Estatuto le fijó y que constituye "creación" de normas ju- rídicas para lo que la Cámara no estaba facultada.

d) Aplicación por las Cámaras de la Decisión en el caso *Tadic*

En el caso *Galic*, se lee lo siguiente:

[69] Así lo reconoce la propia Cámara: "The above interpretation [on the Geneva Conventions] is borne out by what could be considered as part of the preparatory works of the Statute of the International Tribunal, namely the Report of the Secretary-General" (*Tadic* Jurisdiction Decisión para 82).

[70] Artículos 32 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

The Majority [was] of the view that an offence constituted of acts of violen- ce wilfully directed against the civilian population or individual civilians causing death or serious injury to body or health within the civilian population with the primary purpose of spreading terror among the civilian population – na- mely the crime of terror as a violation of the laws or customs of war – for- med part of the law to which the Accused and his subordinates were subject to during the Indictment period. The Accused knew or should have known that this was so. Terror as a crime within international humanitarian law was made effective in this case by treaty law. The Tribunal has jurisdiction ratione materiae by way of Article 3 of the Statute. Whether the crime of terror al- so has a foundation in customary law is not a question which the Majority is required to answer."[71]

El juez disidente, basado en el Informe del Secretario General, en el que, como atrás se dijo, se afirmó que "the application of the [criminal law] principle of *nullum crimen sine lege* requires that the international tri- bunal should apply rules which are beyond any doubt part of customary law"[72], consideró que esto encerraba el principio de que el Tribunal no puede crear nuevos delitos sino considerar solamente aquellos ya consa- grados por el derecho internacional, lo cual concuerda con la regla de que "under no circumstances may a court create new criminal offences after the act charged against an accused either by giving a definition to a crime which had none so far, thereby rendering it prosecutable or punishable, or by criminalizing an act which had not until the present time been regar- ded as criminal"[73] "[A]n offence will fall within the jurisdiction of the Tribu- nal only if it existed as a form of liability under international customary law. When considering an offence, a Trial Chamber must verify that the provisions upon which a charge is based reflect customary law. Further- more, it must establish that individual criminal liability attaches to a breach of such provisions under international customary law at the time relevant to an indictment in order to satisfy the *ratione personae* requirement. On- ce it is satisfied that a certain act or set of acts is indeed criminal under

[71] *Galic* Case, Judgement and Opinion, 5 December 2004, para. 138.

[72] Report of the Secretary-General para. 34. *Milutinovic et al.*, Decision on *Dragoljub Ojdanic's* Motion Challenging Jurisdiction, para. 9.

[73] Prosecutor v. Mitar *Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-T, Judgement (29 November 2002), para. 196.

customary international law, a Trial Chamber must finally confirm that this offence was defined with sufficient clarity under international customary law for its general nature, its criminal character and its approximate gravity to have been sufficiently foreseeable and accessible."[74] De acuerdo con la opinion disidente, "[b]y concluding otherwise without establishing that the offence of inflicting terror on a civilian population attracted individual criminal responsibility under international customary law, the Majority is furthering a [new] conception of international humanitarian law".[75]

La apelación no ha sido resuelta en este caso. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones resolvió el 17 de diciembre de 2004 la del caso *Kordic*[76] y en ella dijo:

> The Appeals Chamber notes that the Trial Chamber considered that Article 3 of the Statute covers not only violations which are based in customary international law but also those based on treaties. It found that Additional Protocol I constituted applicable treaty law in the present case, and found that "whether [Additional Protocol I] reflected customary law at the relevant time in this case is beside the point."
>
> The Appeals Chamber holds that the Trial Chamber's approach is correct.
>
> This approach is consistent with the language of Article 1 of the Statute granting the International Tribunal "competence to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia". It is also consistent with Security Council Resolution 827 (1993) in which the Security Council expressed its determination "to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for violations of international humanitarian law"[77]. S/Res/827 (1993).These instruments do not impose any restriction to customary international law, which is in line with the statements made in the Security Council at the time the Statute was adopted.

[74] *Galic* Case Dissenting Opinion, para. 111. La nota 385 cita como fuente el caso *Vasiljevi?*, cit *supra* nota 73, para. 201.

[75] *Id.* at para. 113.

[76] *Kordic and Case "Lasva Valley",* Appeals Chamber Judgement, 17 December 2004

[77] S/Res/827 (1993).

The Trial Chamber's approach is also in line with the Report of the Secretary -General in which he stated that:

the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise.

The maxim of *nullum crimen sine lege* is also satisfied where a State is already treaty-bound by a specific convention, and the International Tribunal applies a provision of that convention irrespective of whether it is part of customary international law.

The Trial Chamber's approach corresponds with the Appeals Chamber's early decision on jurisdiction in the *Tadic* case where, considering whether the International Tribunal may apply international agreements binding upon the conflicting parties, the Appeals Chamber held that:

the International Tribunal is authorised to apply, in addition to customary international law, any treaty which: (i) was unquestionably binding on the parties at the time of the alleged offence; and (ii) was not in conflict with or derogating from peremptory norms of international law, as are most customary rules of international humanitarian law.[78]

No obstante las contradicciones patentes de la Cámara de Apelaciones en lo transcrito (como las referencias al Informe del Secretario General y el principio *nullum crimen* –cuando concluye que "the Interna- tional Tribunal applies a provision of that convention irrespective of whe- ther it is part of customary international law"-) no soplan buenos vientos para la opinión disidente citada.

e) In dubio pro reo

El caso *Galic*, sin embargo, nos sirve para estudiar la suerte de otro principio del derecho penal general, aplicable por ende al derecho penal internacional: *in dubio pro reo*. Aquí nos limitaremos a citar, sin comentarios, la opinión disidente.

[78] *Tadic* Decision on jurisdiction para. 143. la cita es del original. Lo transcrito corresponde al caso *Kordic* cit. *supra* nota 76, paras. 40 a 44.

> The principle of *in dubio pro reo* is one of the foundational precepts of criminal law which can be found in domestic and international legal systems as well in the jurisprudence of the Tribunal. According to this principle, the Prosecution must prove a fact aimed at a conviction beyond a reasonable doubt. I indicated to the Majority my concerns and doubts about the evi- dence relating to 8 out of 23 scheduled sniping incidents, 3 out of 5 sche- duled shelling incidents as well as certain unscheduled incidents. I conside- red these doubts to be reasonable. I had expected this plural Trial Chamber to accept my doubts as sufficient to establish that the Prosecution has fai- led to prove an allegation beyond a reasonable doubt.The Majority did not share this expectation and I have been obliged to express separately my di- sagreement with its assessment of the evidence.[79]

La mayoría de la Cámara no hizo comentarios a la aseveración anterior.

IV Caso2: La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte tiene hoy una amplísima jurisprudencia. Analizarla toda es algo que excede con mucho las limitaciones de este trabajo.

a) El carácter de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos

Como ya lo dijimos, en el orden internacional las normas se crean mediante el consentimiento expreso o tácito de los Estados, bien sea directamente (tratados o convenciones, costumbre internacional, actos unilaterales) o a través de organismos internacionales a los cuales los Estados delegan competencias. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia así lo estipula.[80]

---

[79] *Galic* Case Dissenting Opinion, para. 17.

[80] F. Orrego, *ocipt.. supra* nota 2.

No hay excepciones a esta regla y, ciertamente, los tratados de protección de los derechos humanos no son una. En el sistema interamericano, la protección de los derechos humanos está regida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("la Convención"), firmada en San José, Costa Rica, en 1969 y debidamente ratificada por Colombia. Esta Convención, no obstante su peculiar carácter de tratado ya que carece de obligaciones recíprocas para los firmantes, y más bien está establecida en beneficio de los seres humanos residentes en los países americanos[81], es, en cuanto a su régimen a la luz del derecho de los tratados, una convención normal. Nace y es vinculante por la manifestación del consentimiento del Estado. Y los en- tes por ella regidos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH") y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("la Corte") tienen las facultades y sólo las facultades que los Estados les dieron al firmar la Convención. Esto resulta particularmente importante en el caso de la Corte, porque es un órgano jurisdiccional cuyas decisiones son inapela- bles[82]. La Corte tiene que cumplir sus funciones con especial cuidado y es- crupulosidad, precisamente porque no hay otro órgano que las revise. Es un *órgano límite* que está obligado a cumplir sus funciones *por puro respeto a la norma*. Aquí cualquier abuso del derecho tiene devastadoras consecuencias no solamente para el Estado afectado sino para el orden jurídico en gene- ral. En efecto, por nobles que sean sus propósitos, "por muy atractivo que sea el fin, éste no se puede imponer como derecho si no ha sido aceptado como derecho [.] Una proposición contraria no sólo produciría el debilita- miento del sistema jurídico internacional, sino que dejaría la puerta abierta para que cualquiera que tenga en mente un valor o interés distinto haga lo que le plazca. De allí al autoritarismo y a la ausencia de un estado de dere- cho sólo hay un pequeño paso"[83]. Los jueces de la Corte que, de paso,

[81] "Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"(Corte I.D.H., *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A núm. 2, § 29) ("OC-2/82 "). La jurisprudencia de la Corte se puede consultar en http://www.corteidh.or.cr/juris/index.html.

[82] Artículo 67 de la Convención.

[83] F. Orrego, *op. cit. supra* nota 2, págs. 4-5.

prestan juramento de ejercer sus funciones "con honradez, independencia e imparcialidad"[84], están obligados a considerar si lo que deciden está dentro de las atribuciones que los Estados les dieron en la Convención.

b) Obligaciones de los Estados en el marco de la Convención

¿Y a qué se comprometieron los Estados al ratificar la Convención? En su primera sentencia en un caso contencioso la Corte hizo un detenido análisis de los deberes asumidos por los Estados al ratificar la Convención.

En el caso Velásquez Rodríguez[85], la Corte, interpretó los artículos 1.1 y 2 de la Convención[86], que contienen los deberes de los Estados en la materia. Respecto del artículo 1.1 dijo:

> El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Es- tado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo me- noscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que

[84] Art. 11 del Estatuto de la Corte.

[85] Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988 ("Caso Velásquez Rodríguez"). Por cierto la Corte actual trata en lo posible de no mencionar los llamados "casos de desapariciones forzadas en Honduras" y, aún cuando cite partes de sus textos recogidos en otras sentencias, lo hace haciendo referencia a éstas últimas y no la fuente original. Véase por ejemplo *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2004, para. 184.

[86] Los artículos dicen así: Enumeración de Deberes. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna … Artículo 2. Deber de adoptar Disposiciones de Derecho interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionado por el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.[87]

Luego de puntualizar que los derechos humanos son superiores al poder del Estado y de reiterar que se trata de "atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público" la Corte dijo que "es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención"[88] la cual "se viola en toda situación en la que el poder públi- co sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconoci- dos"[89]. Respecto del deber de garantía, éste "no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamen- tal que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[90]. Estos deberes, pues, van más allá del contemplado en el artículo 2 de adoptar las medidas "legislativas o de otro carácter" para hacer efectivos los derechos y libertades.

Respecto de actos cometidos por terceros, la Corte dijo que

> un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no re- sulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede aca- rrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mis- mo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tra- tarla en los términos requeridos por la Convención.[91]

Tres son, pues, los compromisos básicos de los Estados: respetar los derechos y libertades, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas que permitan hacerlos efectivos. Son lo que se llama, obligaciones de medio y no de resultado, ("que no [son] incumplida[s] por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin

[87] *Caso Velásquez Rodríguez*, para. 164.

[88] *Ibid.*, para. 169.

[89] *Ibid.*, para. 171.

[90] *Ibid.*, para. 167.

[91] *Ibid.*, para. 172.

embargo, debe[n] emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”)[92] aunque suficientemente amplias para lograr una adecuada protección de los derechos humanos. “[L]a Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”[93]. A no menos, pero tampoco a no más, se comprometen los Estados al ratificar la Convención.

c) Facultades de la Corte

Una vez que se hayan agotado ciertos procedimientos ante la CIDH, ésta puede someter un caso a la Corte para que ésta decida si hubo o no violación de la Convención[94]. El artículo 63.1 de la Convención dice:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el go- ce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indem- nización a la parte lesionada.

En el caso Velásquez Rodríguez, una vez se determinó la responsabilidad del gobierno hondureño en el caso, y después de haber dado oportunidad y plazo suficientes, que resultaron fallidos, a las partes para acordar entre ellas la indemnización compensatoria la Corte llevó a cabo un procedimiento especial, con audiencia pública, con el objeto de determinar la aplicación del artículo 63.1. En su sentencia del 21 de julio de 1989, la Corte dijo:

> Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado “incluso una concepción general de derecho”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la for-

[92] *Ibid.*, para. 177.

[93] OC-2/82, para. 33.

[94] Artículo 61 de la Convención.

ma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184).

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las conse- cuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.

En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.

En el caso en cuestión la CIDH había pedido "[u]n reconocimiento público y oficial para honrar y dignificar la memoria de los desaparecidos. Una calle, un parque, una escuela, un colegio, un hospital podrían llevar el nombre de las víctimas de la desaparición"[95], a lo que la Corte respondió que "la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas"[96].

d) La sentencia de la Corte en el caso "19 Comerciantes"[97]

Esta sentencia merece muchos comentarios a todo lo largo y ancho, como por ejemplo en la manera de apreciar la prueba. Nosotros nos limitaremos aquí a referirnos a algunos aspectos que tocan con el tema que nos ocupa, es decir, con la interpretación amplia y excediendo los textos que los Estados suscribieron que lleva a la Corte a "crear" derecho.

---

[95] *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia sobre Indemnización Compensatoria del 21 de julio de 1989, para. 7.

[96] *Ibid.*,3p6a. ra.

[97] Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes* vs. *Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004.

• *Los procesos adelantados ante la justicia colombiana:*

Varios párrafos de la sentencia están dedicados a analizar minuciosamente los diversos procesos penales adelantados en el orden inter- no colombiano y que culminaron con la condena a prisión de algunos de los autores materiales de la muerte de los llamados ‘comerciantes”, con la absolución de otros y con la cesación de procedimiento contra otros que habían muerto antes de que se dictaran las sentencias, incluso en etapas de casación ante la Corte Suprema de Justicia[98], análisis que culmina con una detallada síntesis de quiénes fueron condenados y cómo o quiénes no lo fueron y por qué[99].

En 1996 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, una alta Corte del Estado de Colombia encargada cons- titucionalmente de dirimir las colisiones de competencia, dirimió la susci- tada entre las autoridades judiciales civiles y militares en relación con ofi- ciales incriminados en el caso, a favor de las últimas. “Al fundamentar su decisión dicha Sala indicó, *inter alia*, que: en la época de los hechos inves- tigados los imputados ‘se encontraban como miembros activos del Ejérci- to de Colombia, pero en cargos distintos a los ubicados en el Magdalena Medio [pero desempeñaban una función militar]”; y “si [hubo] participa- ción delictiva [.] en las modalidades deducidas por el Fiscal colisionado, és- ta tiene relación con la actividad militar [...]”[100]. En la jurisdicción penal militar los oficiales y suboficiales incriminados fueron absueltos porque, en la época de los hechos, desempeñaban sus funciones en otras unidades y en lugares distintos. Por ejemplo, el general Farouk Yanine Díaz era Direc- tor de la Escuela Militar de Cadetes en Bogotá, situada a más de cuatro- cientos kilómetros de distancia y sin mando de tropa. La sentencia de la jurisdicción penal fue confirmada en apelación y su casación no prospe- ró[101], no fue aislada ni arbitraria y concuerda con otras tomadas a otros niveles[102].

---

98 *Ibid.*, paras. 88a) a 88.n).

99 *Ibid.*, para. 88.o).

100 *Ibid.*, para. 89.c).

101 *Ibid.*, para. 90.e).

102 La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos había emitido en diciembre de 1992 una resolución, en la cual decidió “inhibirse de abrir formal averiguación disciplinaria contra miembro alguno del Ejército y la Policía Nacional por los hechos objeto

Por otra parte, a la fecha en la que la Corte dictó sentencia, se encontraban en curso procesos de reparación directa ante el Tribunal Administrativo de Santander contra el Estado, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional[103].

La Corte analizó los juicios que se llevaron a cabo en Colombia sobre el ca- so. La Corte reconoce que "los tribunales colombianos han emitido senten- cias en relación con los hechos del presente caso en procesos penales ordi- narios y en un proceso penal militar"[104].

a) De la justicia penal militar:

Al analizar el proceso ante la justicia penal militar, la Corte reconoce "que [ella, es decir, la Corte IDH] no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional" y que, por ende, no interviene en la controversia sobre colisión de competencias[105], decidida con base en que, en la época de los hechos investigados los imputados "se encontraban como miembros activos del Ejército de Colombia, pero en cargos distintos a los ubicados en el Magdalena Medio, de tal manera que [...] [era] evidente [.] una relación causal con la función militar que desempeñaban"; y "si tal participación delictiva [hubiera sido] cierta en las modalidades deducidas por el Fiscal colisionado, ésta [habría tenido] relación con la actividad militar [...]"[106]. A renglón seguido, sin embargo, la Corte "considera que la anterior atribu- ción de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por

de investigación", porque "se carec[ía] de elementos probatorios para vincular como partícipes de la masacre a miembros del Ejército o la Policía" y, en consecuencia, dispuso "[a]rchivar[la] [.]por falta de mérito" (*Ibid*., para. 92.c)). Una solicitud de la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República para reabrir esta investigación fue denegada por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos porque desde la ocurrencia de los hechos "ha[bía] transcurrido [un] [.] término que supera[ba] el establecido por [la ley] para adelantar la respectiva acción disciplinaria" (*Ibid*., para. 92.e).

[103] *Ibid*., paras. 91.a) y 91.b).

[104] *Ibid*., para. 161.

[105] *Ibid*., para. 171.

[106] *Ibid*., para. 89.c).

miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que *dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos*, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana"[107]. Y añade que "[e]l juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales com- petentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los he- chos"[108]. "Por todo lo anterior, la Corte concluye que Estado violó los ar- tículos 8.1 (*Garantías judiciales*)[109] y 25 (*Protección judicial*)[110] de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma"[111].

Por respetables que puedan parecer los argumentos de que los jueces penales militares tienen facultades restringidas –que las tienen– y que esas facultades pudieran ser interpretadas por la Corte –*quod non*– cabe hacer la pregunta de si un Estado dio a la Corte atribuciones para contradecir las decisiones que sus altas cortes tomaron con base en la Constitución interna. Cabe preguntar: ¿Habría Colombia –o cualquier otro Estado– ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción de la Corte si hubiera previsto que ésta iba a pasar por encima de la propia Constitución? ¿Habría el Congreso de Colombia autorizado al gobierno

[107] *Ibid.*, para. 173.

[108] *Ibid.*, para. 174.

[109] El artículo 8.1 dice:Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[110] Este artículo se refiere al amparo, llamado entre nosotros tutela, que solamente fue establecido en Colombia en la Carta Constitucional de 1991.

[111] Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes* vs. *Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, para. 177.

para ratificar de haber previsto eso? La respuesta es obvia: no. La Corte está excediendo flagrantemente las atribuciones que los Estados le dieron al ratificar la Convención.

Pero la Corte no se detuvo ahí. También decidió que "[e]s preci- so que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos. Ade- más, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria".[112] Caben otras preguntas: ¿Cómo pretende la Corte que un Estado –¿el gobierno? ¿un juez?– reabra un pro- ceso penal cerrado ya por las más altas cortes? ¿Dónde queda el princi- pio de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa (*Non bis in idem*)? ¿Tiene facultades la Corte para decidir que un Congreso no puede decretar una amnistía, llegado el caso? ¿Puede modificar los códi- gos penales internos en materias como prescripción o excluyentes de res- ponsabilidad?

b) De los procesos penales ordinarios

Respecto de los procesos penales la Corte consideró que "pue- de afirmarse que al realizar un estudio global de los procesos tramitados para investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar y sancionar a los responsables, el Estado no observó el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana"[113]. La Corte no defi- nió el plazo razonable. Dijo que dependía de ": a) complejidad del asun- to[114], b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales"[115].

---

[112] *Ibid.*, para. 263.

[113] *Ibid.*, para. 204.

[114] La Corte así lo reconoce, i*bid.*, para. 203. La sentencia en el caso de los "19 comerciantes" se basó fundamentalmente en copias de sentencias internas (más de 60.000 folios) aporta- das por el Gobierno de Colombia por orden de la Corte en un auto para mejor resolver (*Ibid*,. para. 19). Cabe preguntar si tal número de hojas reflejan o no un proceso de especial complejidad o muestran lenidad de las autoridades judiciales colombianas. En el Caso *Galic* del ICTY el proceso, luego de dos años, tenía algo más de 22.000 folios.

[115] *Ibid.*, para. 190.

Según la Corte el "proceso penal ordinario ante el Juzgado Regional de Cúcuta inició el 27 de octubre de 1987 y culminó el 25 de abril de 2002, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia de segunda instancia, de manera que se mantuvo la condena. Es decir, este primer proceso que se inició en la jurisdicción pe- nal ordinaria tuvo una duración de más de catorce años", plazo que la Corte considera irrazonable. Otro proceso tuvo una duración aproxima- da de seis años y un tercero de cuatro[116]. No obstante, la Corte conclu- ye que "el Estado no observó el principio del plazo razonable consagra- do en la Convención Americana"[117] de donde concluye que el Estado violó "los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma"[118]. Valga la pena señalar que el proceso de *Prosecutor v Blaskic* en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY) se inició con un Indictment de 10 de noviembre de 1995 y la entrega del general el 1 de abril de 1996 y culminó con la sentencia de la Cámara de Apelaciones de 29 de julio de 2004. Eso da para usar los términos de la Corte, "más de ocho años", realmente casi nueve. Y el ICTY cuenta con una infraestructura de más de 1.000 personas, un presupuesto que pasa sobradamente de 100 millones de dólares y una lista reducida de casos[119]. Pero no vayamos tan lejos. El proceso contra Colombia que comentamos se inició el 6 de marzo de 1996 cuando la Comisión Colombiana de Ju- ristas presentó una denuncia ante la CIDH[120] y culminó con la sentencia de la Corte de 5 de julio de 2004. Ocho años. ¿Será que el cura predica pero no se aplica lo que predica? ¿O ve la paja en el ojo ajeno pero no la viga en el propio?

Adicionalmente la Corte concluye que los familiares de las víctimas, vistas las circunstancias en que sus parientes murieron y la ineficacia presunta de la justicia colombiana, fueron a su vez "víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo cual constituye una violación, por parte del Estado, al artículo 5 (*Derecho a la integridad personal*) de la Con-

---

116 *Ibid.*, para. 201 a) y b).

117 *Ibid.*, para. 204.

118 *Ibid.*, para. 205.

119 Ir a http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm

120 *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2004, para. 5.

vención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma"[121]. Esto puede parecer absurdo pero aparece literalmente en la sentencia. Probablemente si en el ínterin hubiera muerto alguno de tales parientes de muerte natural, la Corte hubiera considerado al Estado responsable por violación del derecho a la vida del fallecido.

• *El asunto de las reparaciones:*

"Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores"[122]. Veamos cómo aplica la Corte este criterio expuesto por ella misma.

Sea lo primero mencionar que el "salario mensual mínimo" legal obligatorio, lo que gana la inmensa mayoría de la población colombiana, un país donde el ingreso *per capita* apenas supera la cifra de USD 6.000, era para el año 2004, el año de la sentencia, de USD 146, USD 1.752 al año, incluidas algunas prestaciones sociales. Puede estimarse en una suma ligeramente mayor a USD 2.000 por año con todas sus prestaciones so- ciales.

La Corte "[e]n cuanto a los ingresos dejados de percibir por los 19 comerciantes, [.] teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el salario mínimo legal fija *en equidad* la cantidad de US$ 55.000,00 (cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, para cada uno de ellos"[123], más USD 2.000 por concepto de daño emergente, valor que correspondería a los gastos hechos por los familiares para buscar a las víctimas[124]. La Corte no tuvo en cuenta las diferentes edades y vida probable de las víctimas, ni menciona en la sentencia el monto del salario mínimo que tuvo en cuenta. En el *Caso Velásquez Rodríguez* la Corte distinguió cuando la indemnización se de-

[121] *Ibid.*, paras. 209 a 217. Valga la pena mencionar que los alegatos del Estado citados por la Corte en relación con este particular no hacen referencia alguna al objeto de esta conde- na como sí la hacen los de la Comisión (*Ibid.*2, 0p7aryas2. 08).

[122] *Ibid.*, para. 223.

[123] *Ibid.*, para. 240. El resaltado no es del original.

[124] *Ibid.*, para. 243.

creta directamente a favor de la víctima superviviente o de los familiares de la víctima fallecida. En este último caso, que es el aplicable aquí, la Corte dijo:

> Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos, atenerse a criterios rígidos [.] sino hacer una estima- ción prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso.[125]

En el *Caso Velásquez Rodríguez* la Corte fijó una indemnización tomando en cuenta las circunstancias particulares de la familia de la víctima, y la estimó en una cuantía que fue la cuarta parte de lo que había pedido la CIDH. En un caso gemelo, decidido en la misma fecha, la Corte fijó una indemnización distinta porque el caso de la familia era también distinto[126].

En el caso *sub examine*,gsoin, laemCobratre omitió esas consideraciones que, probablemente, consideró superfluas o engorrosas, y decretó una indemnización igual para todo el mundo, incluso para las víctimas que no tenían familia conocida, usando como criterio una supuesta *equidad.*

En el *Caso Velásquez Rodríguez*, la indemnización por daño moral, que ahora la Corte llama "daños inmateriales", fue fijada en la mitad de la indemnización compensatoria, teniendo en cuenta las consecuencias psíquicas nocivas que, según un psicólogo especializado[127], produjo en sus familiares la muerte de Velásquez y que "e[]l Gobierno no pudo desvirtuar"[128]. En el caso *sub examine*, también decidiendo *en equidad*, la Corte

---

[125] *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia sobre Indemnización Compensatoria del 21 de julio de 1989, para. 48.

[126] *Caso Godínez Cruz*, Sentencia sobre Indemnización Compensatoria del 21 de julio de 1989, para. 47.

[127] Es obvio, como lo saben todos los jueces del mundo, que los daños psíquicos deben ser objeto de apreciación por personas especializadas en la materia. No basta ser médico o cirujano.

[128] *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia sobre Indemnización Compensatoria del 21 de julio de 1989, paras. 51 y 52.

"[t]eniendo en cuenta las distintas facetas del daño aducidas por la Comisión y aplicando las anteriores presunciones [los sufrimientos que los hechos causaron a las víctimas directas y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de estos últimos y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos][129], la Corte fija *en equidad* el valor de las compensaciones por concepto de daño inmaterial, de conformidad con los siguientes parámetros" y aquí la Corte menciona la brutalidad con que fueron tratados los cuerpos[130] que le permite infe- rir el trato que les dieron mientras estaban con vida, los sufrimientos que padecieron los familiares como consecuencia directa de la desaparición y muerte de las víctimas, *principalmente por la brutalidad con que fueron tra- tados los cuerpos de los comerciantes después de su ejecución*, el profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral causado por todas las circunstancias posteriores a la desaparición de sus familiares, tales como *el hecho de que no los han podido enterrar*, los daños sufridos por ellos como consecuencia de la demora en la investigación y sanción de los civiles que participaron en las violaciones, entre otros[131].

A continuación la Corte, presumiblemente porque "*algunos de los familiares* de las víctimas que han rendido testimonio ante el Tribunal *han expresado padecer* problemas de salud y psicológicos como consecuencia de los hechos de este caso"[132] fijó por este concepto indemnizaciones di- rectas de USD 80.000 *a favor de las víctimas ya muertas,* más la misma cuantía a cada una de las cónyuges y compañeras permanentes –o a am- bas, en uno de los casos–, más USD 50.000 a cada uno de los padres y de los hijos y USD 8.500 a los hermanos, incluso un primo que la Corte or- dena tratar como un hermano porque vivía en la misma casa, o unos hi- jos o padres de crianza, aunque no se sabe muy bien qué significa eso. Es- tas indemnizaciones pasan y acrecen a los familiares más cercanos, según el caso, de manera que si la víctima no tenía parientes o no se sabe de ellos, el Gobierno está obligado a buscarlos por la prensa, radio y televi-

[129] *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2004, para. 249.

[130] Los cuerpos nunca aparecieron.Y como ninguna de las víctimas sobrevivió no es posible saber a ciencia cierta qué pasó ni cuál fue el trato que recibieron.

[131] *Ibid.*, para. 250. El resaltado no es del original.

[132] *Ibid.*, para. 277. El resaltado no es del original.Ver *supra* nota 127.

sión[133]. La Corte no explica cómo unos familiares no identificados pudieron sufrir daños psíquicos ni quién los evaluó. Pero eso no interesa. Es claro que de lo que se trata es de fijar un daño punitivo y no de atenerse a las facultades que el artículo 63 da a la Corte, a saber:

> La Corte [.] dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Valga la pena puntualizar que a las 16 víctimas que tienen familiares conocidos, la Corte les encontró 94 hermanos (5.8 en promedio), sin contar el primo[134].

- *Otras decisiones contra legem:*

La Corte reconoce que "[l]a jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación"[135]. No obstante, toma las siguientes curiosas decisiones:

> La Corte estima que el Estado debe erigir un monumento en memoria de las víctimas. Este Tribunal considera necesario que la elección del lugar en el cual se erija el monumento sea acordada entre el Estado y los familiares de las víctimas. En dicho lugar, mediante una ceremonia pública y en pre-

[133] *Ibid.*, paras. 233 y 234.

[134] La víctima número 1, 7 hermanos, la 5, 9 hermanos, la 7, 8 hermanos, la 8, 6 hermanos, la 9, 9 hermanos, la 10, 11 hermanos, la 11, 5 hermanos, la 12, 7 hermanos, la 13, 10 hermanos, la 14, 6 hermanos, la 16, 8 hermanos. Esas cifras definitivamente no concuerdan con lo que resulta lógico esperar en personas de diversas familias, apellidos y regiones. La Corte no dice de dónde sacó la información. Definitivamente o es muy ingenua o dejó pasar un engaño descomunal. El Gobierno, al pagar las indemnizaciones, deberá cerciorarse, con los documentos de identidad colombianos, de la exactitud de la determinación de la Corte y evitar lo que puede ser un fraude. En algunos casos la cuantía supera la cifra de USD 600.000 que en un país como Colombia hace rico a cualquiera, aún pensando en que los abogados puedan quedarse con algo así como el 40%. ¿No dizque las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores? (*supra* nota 122).

[135] Ibid., para. 247. De nuevo la Corte omite darle el crédito al Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia sobre Indemnización Compensatoria del 21 de julio de 1989, cit. supra nota 85.

> sencia de los familiares de las víctimas, Colombia deberá poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes y la mención expresa de que su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte Interamericana[136].

Los monumentos los erigen los pueblos a sus héroes, a sus artistas o a sus leyendas. No está, definitivamente, dentro de las atribuciones de la Corte en virtud del artículo 63.1, ordenar que el Estado erija un monumento a quienes la justicia colombiana consideró unos contrabandistas[137], desafortunadamente muertos pero no por eso menos contrabandistas.

> La Corte considera necesario, con el fin de reparar el *daño a la reputación y la honra de las víctimas y sus familiares* y con el objeto de evitar que he- chos como los de este caso se repitan, que el Estado realice un acto públi- co de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso y de *desagravio* a la memoria de los 19 comercian- tes. Este acto deberá realizarse en presencia de los familiares de las víctimas y también deberán participar miembros de las más altas autoridades del Es- tado[138].

Tampoco tiene la Corte facultades para ordenar esto. De otra parte, en ninguna parte la Corte probó que hubiera daño a la "reputación y la honra de las víctimas y sus familiares". Ni puede, no obstante que la Corte haya encontrado culpable al Estado, obligarlo a reconocer una responsabilidad internacional que éste discutió y negó durante el caso. Es una flagrante violación de la Convención por la Corte. Pero ¿al alcalde quién lo ronda?

Cabe preguntarnos si el Estado está obligado, aún con una sentencia definitiva e inapelable, a cumplir con este par de resoluciones en las que la Corte claramente excedió sus facultades convencionales y que carecen de *ratio decidendi* o de prueba.

---

[136] Ibid., para. 273.

[137] Ibid. paras. 85.d), 126 y 136.

[138] Ibid., para. 274.

V | Conclusión

El orden jurídico internacional actual exige que, con la excepción de aquellas normas surgidas de costumbre o tratado que la comunidad considera que deben ser universales, las obligaciones de los Estados sean asumidas mediante su consentimiento, bien directamente o a través de las organizaciones u órganos internacionales a los cuales los Estados han delegado facultades concretas. El trabajo del profesor Orrego que hemos citado[139] hace hincapié en las tentativas que se atisban, particularmente en el seno de organizaciones internacionales, para sustituir o, al menos, dismi- nuir la necesidad de ese consentimiento. Con este trabajo nosotros pre- tendemos complementar esas ideas con casos concretos de dos tribuna- les internacionales que se han traído a colación a título meramente ilustrativo.Tanto en el caso del ICTY como en el de la Corte IDH es fácil hallar muchísimos ejemplos similares. Pero analizarlos todos escapa al pro- pósito limitado de este artículo.

139 Supra nota 2.

Derecho Internacional Público

La reclamación sobre el territorio Esequibo y la plataforma Deltana

Isabel Bacalao Römer

En los últimos diez años los gobiernos de Venezuela y Guyana han otorgado distintos tipos de concesiones, principalmente para la explotación de gas costa afuera sobre la plataforma Deltana que implican volver a considerar la finisecular reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo, tanto desde un punto de vista legal como práctico. El caso en cuestión es un típico legado del colonialismo inglés del siglo XIX, que vuelve en el XXI como un fantasma a rondar a las partes en la controversia. Estas, además de los mecanismos tradicionales de solución de controversias contemplados en los convenios celebrados y en el articulo 33 de la Carta de Naciones Unidas, continúan hoy día la controversia utilizando el moderno Derecho del Mar y los avances tecnológicos en materia de explotación de hidrocarburos costa afuera. Con la ironía usual de la histo- ria, la realidad actual y los problemas eventuales que se puedan presentar resultan incomprensibles sin retrotraerse al estudio del Laudo de París del 3 de octubre de 1899[1] y de los acuerdos posteriores que derivan del re- chazo del mismo por parte de Venezuela en 1962.

Esta nueva realidad refleja la importancia geopolítica permanente del delta del río Orinoco para Venezuela, Guyana y Trinidad y Tobago. Ahora bien, esto obliga a distinguir entre la concesión a la empresa Beal Aerospace Technologies (BAT)[2] otorgadas por Guyana para la construc-

---

1 Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela; MRE; vol.1; pág. 681.

2 Ubicada sobre el rió Guainia la concesión fue protestada por Venezuela y abandonada por la

ción de una base de lanzamiento de cohetes sobre el territorio Esequibo propiamente dicho y las concesiones petroleras otorgadas sobre las áre- as marinas y submarinas de Venezuela que se ubican dentro de la zona de proyección de la fachada marítima del estado Delta Amacuro. Asimismo, se hace necesario tomar en consideración las delimitaciones de áreas ma- rítimas y submarinas que reflejan la proyección de la fachada orinoquen- se acordada entre Venezuela y Trinidad y Tobago mediante el tratado del 18 de abril de 1990. Otro elemento a considerar es la internacionaliza- ción de la Boca Grande del Orinoco, a través de la 'cláusula de los ríos' del Laudo de París que obliga a Venezuela al cierre del mismo mediante una línea de base recta establecida en 1968.[3]

Probablemente la 'cláusula de los ríos' tenga la connotación de ser el tema más sencillo de analizar entre las múltiples disquisiciones jurí- dicas que se han hecho por 106 años sobre la controversia sostenida ini- cialmente entre Venezuela y Gran Bretaña. A partir de los años 90 del si- glo pasado su importancia estriba en a quién –a Venezuela o Guyana[4]– corresponde el control del contrabando y del trafico de armas y drogas en los ríos Guainia y Amacuru y por extensión de la Boca Grande del Orinoco. Ya pisando el siglo XXI en el año de 1999 la controversia toma un nuevo giro con las concesiones hechas por Guyana a la Century GY y a Exxon-Mobil para la exploración y explotación de hidrocarburos costa afuera en áreas ubicadas directamente sobre la fachada marítima del es- tado Delta Amacuro (Delta del Orinoco).

En consecuencia, este ensayo se dividirá en secciones que com- prenden: el marco histórico y geopolítico, el marco legal y el marco prác- tico determinado por las concesiones otorgadas por Guyana en el terri- torio Esequibo y por Venezuela sobre la fachada marítima del Orinoco.

Beal porque el gobierno de los Estados Unidos y la NASA habían optado por subsidiar a empresas competidoras.

[3] Decreto del Presidente Raúl Leoni del 9 de julio de 1968. M.R.E., Boletín Nº 5 del Archivo de la Casa Amarilla, año 1998, pág. 416.

[4] Guyana Británica se hace independiente de Gran Bretaña el 26 de mayo de 1966 y adopta el nombre de Republica Cooperativa de Guyana.

I | Marco histórico

Resulta posible sintetizar el marco histórico correspondiente a la controversia de límites entre Venezuela, Gran Bretaña y Guyana en tres periodos claramente diferenciados entre sí.

• El *primer periodo* refleja la lucha entre las grandes potencias coloniales europeas y afinca sus raíces en las políticas expansionistas seguidas por Gran Bretaña, Holanda y Francia durante los siglos XVI al XVII en esta parte del imperio español de Las Indias.

• El *segundo periodo* comienza con la declaración de independencia de Venezuela, el 5 de julio de 1811, que en su condición de Estado sucesor de España reclama para si todos los territorios pertenecientes a la Capitanía General de Venezuela para 1810 en base al principio del *uti possidetis iuris*. Desde esa fecha y a partir del logro efectivo de la independencia de España (1824), Venezuela se ve obligada a enfrentar los continuos avances de la Gran Bretaña sobre sus territorios orientales. Estos avances comienzan desde el primer tercio del siglo XIX y se van convirtiendo en el origen de un conflicto acrimonioso y amargo que refleja la asimetría existente entre la mayor potencia de ese momento y un pequeño y pobre país devastado por sus luchas intestinas.

La situación geoestratégica del Territorio Esequibo, situado entre las coordenadas 01° 11' y 08° 33' Norte y 58° 10' y 61° 23' Oeste, y el control del delta del Orinoco era de gran importancia para Gran Bretaña desde que en 1797 se apodero de la isla de Trinidad. Esto marcó el comienzo de la futura expansión británica desde el Pomeroon y Demerara en el Esequibo hacia la actual Guayana venezolana (estado Bolívar). Aho- ra bien, la posibilidad que Gran Bretaña llegara a controlar las bocas del Orinoco como consecuencia de una derrota venezolana representaba pa- ra Estados Unidos una situación estratégica muy distinta que la planteada en 1835 cuando ese mismo país se apodera de las islas Malvinas. Estaban en juego intereses estratégicos que Estados Unidos difícilmente podía ob- viar o pasar por alto.

El enfrentamiento llega a un punto tal que los Estados Unidos de Norteamérica se ve obligado, con no poca reticencia, a intervenir a favor de Venezuela invocando contra Gran Bretaña la Doctrina Monroe de 1823. Gran Bretaña opta por no enfrentarse a Estados Unidos y comien-

za así un proceso de negociación de varios años desde 1895[5] hasta 1897. Para entonces el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte acuerda someter la controversia limítrofe con Venezuela a un arbitraje in- ternacional mediante el Tratado de Washington del 2 de febrero de 1897.[6] Teóricamente el Laudo de París de 1899 debió resolver el conflic- to de manera definitiva y permanente, pero contenía un número tal de ilegalidades, sin contar las sospechas de colusión entre los árbitros, que lle- varon a Venezuela a poner en duda la validez del laudo desde 1902. La publicación póstuma, en 1942, del Memorando de Mallet-Prevost pareció confirmar las peores sospechas[7].

• La *tercera etapa contemporánea* comienza en 1962 cuando el canciller Marcos Falcón Briceño, en representación de Venezuela, denun- cia la nulidad del laudo de 1899 ante el Cuarto Comité (Descolonización) de la Organización de Naciones Unidas (ONU).[8] Las Naciones Unidas re- accionan creando una Comisión Política Especial que durante varios años estudia el tema en simultáneo con las negociaciones en marcha entre Ve- nezuela, Gran Bretaña y la entonces Guayana Británica, que alcanza su in- dependencia el 26 de mayo de 1966. El resultado de este proceso es el

[5] EL 21 de diciembre de 1895 el Congreso de USA asigna la entonces fantástica suma de US$100.000,00 a la Comisión encargada del estudio de la cuestión limítrofe entre Gran Bre- taña y Venezuela.

[6] M. R. E.; Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela; vol. I; pág. 636.

[7] *Ibídem*.E; lpTárgib. 1u6n3al. estuvo integrado por dos norteamericanos (Fuller y Brewer), dos ingleses (Russell y Collins) y un ruso. Este último, Federico de Martens, era el único que no provenía de un país con intereses específicos en el Orinoco. Sin embargo, cabe suponer que aquí, como en otros puntos, privó su deseo de obtener una sentencia unánime; no obstante se especula que los acuerdos del ruso con Gran Bretaña giraron en torno a sus respectivas zonas de control e influencia en Asia Central (Afganistán) y China. Asimismo, existen indicios que, además, parecen indicar que hubo compensaciones ofrecidas por Inglaterra a los Esta- dos Unidos, en los territorios del noroeste del Canadá. Punto sometido a arbitraje poco des- pués y cuya sentencia fue favorable a este último. Asimismo, se especula que otra parte de la transacción es la renuncia de Gran Bretaña a favor de Estados Unidos de los derechos que le correspondían en la construcción del canal de Panamá, mediante el Tratado Hay-Paunce- fote de 1901, que sustituye al Tratado Clayton–Bulwer de 1850.

[8] 1 de octubre de 1962. M. R. E., Libro Amarillo 1963, Documentos, pág. 10.

Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966[9], que regula el actual marco legal de las negociaciones entre Venezuela y Guyana conjuntamente con el artículo 33 de la Carta de la ONU y que constituye la base para el papel de buen oficiante del Secretario General de la ONU. Desde el año 2001 el embajador Oliver Jackman[10] es el representante especial del Se- cretario General en dichas negociaciones.

II | Marco geopolítico

Desde tiempo inmemorial, primero España y luego Venezuela ejercieron y ejercen soberanía absoluta sobre el delta del Orinoco. Este hecho resulto de extraordinaria importancia porque durante el laudo de 1899 se internacionaliza la navegación de los ríos Barima y Amacuro que desembocan ambos en la Boca Grande del Orinoco y no en el Océano Atlántico, como pretendieron hacer valer los representantes de Gran Bre- taña. La razón de entonces y ahora estriba en la excepcional importancia geopolítica del Orinoco como eje de comunicación entre Colombia y Tri- nidad. Basta pensar en términos de seguridad en el papel que juega hoy en día el Orinoco como corredor del comercio ilícito de armas y drogas para calibrar la importancia del contexto geográfico y geopolítico. Si se añade la importancia y dimensión de los yacimientos de hidrocarburos existentes en la Faja del Orinoco y costa afuera en la Plataforma Deltana y lo menos que se puede pensar es que se está ante una de las zonas es- tratégicamente más importantes de la región.

Al margen del hecho de que Venezuela ha denunciado el Laudo por nulo e írrito, el estudio de la 'cláusula de los ríos' resulta de particular importancia e interés en el aspecto jurídico de la polémica sobre libertad de navegación, así como en el geopolítico. La inclusión misma de ésta, llama poderosamente la atención, ya que nada en el Tratado de Arbitraje de 1897 facultaba a los árbitros, ni en forma expresa ni en forma implícita, para pronunciarse sobre el tema de la libertad de navegación.

---

[9] M. R. E.; Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela; vol. XV; pág. 405.

[10] Diplomático y abogado, natural de Barbados, con una importante hoja de servicios, representó a su país como representante permanente ante la ONU (1969-1971); embajador ante los Estados Unidos y la OEA (1977-1980), el Reino Unido y la Comunidad Europea.También ha sido asesor del Secretariado del Commonwealth y de la Comunidad del Caribe.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la solución del problema planteado por la extralimitación de poderes de los Árbitros luce sencilla. Resulta evidente que aun en el supuesto negado de la validez del Laudo, la 'cláusula de los ríos' que internacionaliza los ríos Barima y Amacuro se encuentra viciada de nulidad absoluta por *ultra petita*.[11] Sin embargo, parece conveniente analizar este hecho en el contexto de estas dos interrogantes geopolíticas: ¿Qué indujo a los árbitros a pronunciarse sobre la libertad de navegación en los ríos Barima y Amacuro? ¿Por qué los sometieron a un régimen de internacionalización?

Con respecto a la primera interrogante, se ha sugerido, entre otras razones, el hecho que la frontera cruza el Barima y corre a lo largo del Amacuro. A pesar de estar excelentemente argumentada, difícilmente esta explicación puede resultar satisfactoria, ya que el trazado de la frontera corre a considerable distancia de la desembocadura de ambos ríos en la Boca Grande del Orinoco. Más aún, la configuración de los ríos Ori- noco, Amacuro y Barima en este sector y las posibilidades de penetrar la barra del Orinoco desde el Amacuru, a través de los Caños Basama y Arature (a pesar de la bora que dificulta la navegación de dicho río para embarcaciones de calado mediano) bien merecen una breve ojeada al mapa que constituye el Anexo 1. En todo caso esta última vía ha sido uti- lizada desde tiempos inmemoriales por los contrabandistas.

Por tanto, parece conveniente buscar otra línea de especulación, que nos permita llegar a una explicación más razonable sobre qué llevó a los árbitros a violentar de tal manera los términos del arbitraje y los más elementales principios jurídicos. Sobre todo, si tomamos en consideración la importancia geopolítica misma del Orinoco, para Inglaterra y Estados Unidos países cuyos nacionales integraban el Tribunal. El tercer miembro del tribunal era Rusia (representada por el diplomático de Martens) quien lo presidía y que además era la única potencia que carecía de un interés directo en el Orinoco.

Esto nos lleva a ponderar, por un lado, el extraordinario interés demostrado, desde 1844, por Inglaterra en el Orinoco y su importancia

Además, ha sido juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y antes de ello fue presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[11] Sobre este punto y los términos del Compromiso de Arbitraje, ver: Clive Parry, *British Digest of International Law*, Vol. 26, pág. 153.

para Trinidad, y por el otro, la altísima prioridad otorgada por Gran Bretaña a la posesión del Barima. Hecho atribuible a que el Barima, por un lado, desemboca en el Orinoco, y por tanto otorga acceso a éste, y por el otro, permite una buena vía de comunicación a los yacimientos auríferos ubicados en el sector de La Línea y Morajuana. La producción de éstos se sacaba a través del Barima hacia Trinidad, y su explotación fue intensificada inmediatamente después del Laudo.

La importancia otorgada al Barima se desprende de varios documentos. Entre ellos, las instrucciones del canciller británico Lord Salisbury a Sir Richard Webster, en las que se indica que debía hacer todo lo posible por obtener el Barima. Al extremo de señalar que a cambio de este logro, "Él (Lord Salisbury) considera que importa muy poco qué efecto pueda tener sobre nuestras relaciones con el Gobierno de Venezuela..."[12]. Este, en su respuesta, subraya de manera impresionante hasta dónde es- tán dispuestos a llegar por la posesión específica del Barima, ya que no só- lo señala que concuerda totalmente con las instrucciones recibidas, que agradecería se amplíen y precisen, sino que añade "Si tuviera cualquier motivo para pensar que el Tribunal está en mi contra sobre este punto del caso, haré lo posible por hacer saber a los árbitros británicos nuestro pun- to de vista..."[13]. Afirmación que constituye, además, un serio indicio de co- lusión entre los representantes del Gobierno inglés y los árbitros de esa nación.

Gran Bretaña perdió el Barima a consecuencia de la 'admisión fatal'[14] hecha por Webster, al reconocer que los españoles entraron en el Orinoco y lo exploraron, colonizaron y defendieron. Circunstancia que colocó a los ingleses en la posición imposible de convencer al Tribunal que los ríos Barima y Amacuro no desembocan en la Boca Grande del Orinoco, sino directamente en el Atlántico. Argumento que fue duramente rebatido por los norteamericanos, representantes de Venezuela, que por una parte, alegaban una realidad hidrográfica evidente, y por la otra, que por razones de seguridad, debía otorgarse a Venezuela el control total de las bocas del Orinoco.

---

[12] Transmitidas por vía Eric Barrington, mediante carta del 18 de julio de 1899 (ver J. Gillis Wetter *The International arbitral Process*. Vol. III. Oceana Publications (1979), pág. 31.

[13] *Ibídem*. pág. 32

[14] Calificativo dado por el General Harrison al error de Webster (sobre este punto, ver Wetter págs. 42 y 48).

Dentro de este contexto, llama mucho la atención la contradicción inherente en otorgar a Venezuela el territorio ubicado sobre la margen derecha de la boca del Orinoco, pero negarle el control del mismo al internacionalizarlo. En efecto, observamos que se niega a Inglaterra la po- sesión del Amacuro y del Barima, ya que, como señala Lord Russell, uno de los árbitros ingleses miembros del Tribunal, en carta dirigida a Lord Sa- lisbury, "El caso británico expresamente reconocía que el Orinoco era ve- nezolano, y viendo que el Amacuro y el Barima en realidad son tributarios del Orinoco, por cuanto claramente se encuentran *inter fauces terrae*, consideramos justo el concurrir en darle el control de la boca totalmen- te a Venezuela..."[15]. Sin embargo, se le niega el control efectivo de la Boca Grande o de Navíos, salvo en caso de guerra, al internacionalizar dos ríos que desaguan en ella.

Esta actitud del Tribunal, que lo lleva a actuar *ultra vires*, violando los términos del arbitraje y la más elemental norma jurídica exige una explicación lógica., pues repugna a la razón atribuir decisiones de tanta magnitud y sobre un punto estratégicamente tan importante a la mera casualidad; más aún en el contexto del Laudo sobre el Esequibo de 1899. Conciente de esta realidad en 1968 el Presidente de Venezuela Raúl Leoni ordena, mediante decreto del 9 de julio,[16] cerrar las Bocas del Orinoco con una línea de base recta que comienza 26 millas al este de Punta Playa hasta tocar Punta Araguapiche en el entonces Territorio Federal Delta Amacuro. Dicha línea recta sigue la tendencia natural de la costa y tiene una extensión de 98.9 millas náuticas; es decir, cierra a todos los fi- nes las Bocas del Orinoco basándose en las circunstancias especiales[17] de

[15] Carta del 7 de octubre de 1899, dirigida a Salisbury, a objeto de referirle personalmente sobre la "...conducción, curso y resultado del arbitraje venezolano...". (*Ibídem*, pp. l26-129).

[16] Esta línea recta fue protestada en 1968 por Guyana, Estados Unidos y Gran Bretaña. No obstante la Armada venezolana ha ejercido soberanía y patrullaje ininterrumpido sobre la zona. El único incidente de cierta consideración tuvo lugar en octubre del año 2000 en otro sec- tor del delta, situado frente a Trinidad, cuando Venezuela protestó la presencia del guardacos- tas USS 'Gentian' en el área de Boca de Serpientes.

[17] En 1951 Noruega alegó circunstancias especiales para definir sus aguas interiores a través de una serie de líneas de base recta que cerraban los fiordos ciñéndose a la línea de la costa dando lugar a una demanda del Reino Unido. La Corte Internacional de Justicia falló a favor de Noruega (Noruega vs. Reino Unido;1951; AJIL; 116).

la configuración del delta. Según su artículo 1 el decreto establece las siguientes coordenadas: 9 grados 27 minutos 30 segundos de latitud Norte y 60 grados 52 minutos de longitud Oeste, hasta el punto definido por las coordenadas 8 grados 26 minutos de latitud Norte y 59 grados 34 mi- nutos 30 segundos de longitud Oeste.

Es decir, que para Venezuela las aguas comprendidas dentro de la línea de base recta de 1968 son aguas interiores. Por tanto, es a partir de dicha línea que en 1990 Venezuela y Trinidad y Tobago acuerdan delimitar sus respectivas áreas marinas y submarinas correspondientes al sector Atlántico.Tenemos, pues, ante nosotros un fantasma colonial del siglo XIX que hoy adquiere de nuevo valor, más allá del estrictamente académico, para el derecho internacional y la seguridad no sólo de los estados en cuestión, sino también para la región a consecuencia de la necesidad de enfrentar dos flagelos actuales: la lucha contra el terrorismo y de su finan- ciamiento a través del narcotráfico. Si a ello agregamos las nuevas tecno- logías en materia de explotación de hidrocarburos costa afuera y las con- cesiones otorgadas por Guyana,Trinidad y Venezuela tanto en la zona del delta del Orinoco como en su área de influencia nos encontramos ante uno de los puntos más importantes del Hemisferio Occidental en lo to- cante a la exploración, explotación, refinación y distribución de gas, petró- leo y productos derivados.

III | Marco legal

En este momento el marco legal esta definido por los mencionados Acuerdos de Ginebra de 1966 y por el Tratado de Delimitacion de Áreas Marinas y Submarinas suscrito con Trinidad-Tobago en 1990.

Los puntos cruciales del Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica, firmado en Ginebra el 17 de febrero de 1966, se señalan a continuación.

El objetivo establecido expresamente señala que "…cualquiera controversia pendiente entre Venezuela por una parte, y el Reino Unido y Guayana Británica por la otra, perjudicaría tal colaboración y debe, por consiguiente, ser amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes…" Por tanto, la Comisión Mixta establecida en el artículo I recibe el encargo "…de buscar soluciones satisfactorias para el arre-

glo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica es nulo e írrito…" No obstante, en el artículo V se establece una cláusula de salvaguarda que establece expresamente que:

> **1)** Con el fin de facilitar la mayor medida posible de cooperación y mutuo entendimiento, nada de lo contenido en este Acuerdo será interpretado co- mo una renuncia o disminución por parte de Venezuela, el Reino Unido o la Guayana Británica de cualesquiera bases de reclamación de soberanía terri- torial en los Territorios de Venezuela o Guayana Británica o de cualesquiera derechos que se hubiesen hecho valer previamente, o de reclamaciones de tal soberanía territorial o como prejuzgando su posición con respecto a su reconocimiento o no reconocimiento de un derecho a reclamo o base de reclamo por cualquiera de ellos sobre tal soberanía territorial.
>
> **2)** Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras se halle en vigencia este Acuerdo constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una re- clamación de soberanía territorial en los Territorios de Venezuela o la Guaya- na Británica, ni para crear derechos de soberanía en dichos territorios, excep- to en cuanto tales actos o actividades sean resultado de cualquier convenio logrado por la Comisión Mixta y aceptado por escrito por el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana. Ninguna nueva reclamación o amplia- ción de una reclamación existente a soberanía territorial en dichos territorios será hecha valer mientras este Acuerdo esté en vigencia, ni se hará valer re- clamación alguna sino en la Comisión Mixta mientras tal Comisión exista…

La Comisión Mixta no logró alcanzar la meta fijada y esto lleva a la celebración del Protocolo de Puerto España del 18 de julio de 1970[18] que la aplicación del Acuerdo de Ginebra por un periodo renovable de 12 años. La falta de acuerdo alguno durante este periodo lleva en 1982 a los gobiernos de Venezuela y Guyana al intercambio de una serie de notas diplomáticas cuyo objetivo era reactivar la aplicación del Acuerdo de Ginebra conforme a lo establecido en su artículo IV. El acuerdo logrado por esta vía implica la intervención del Secretario General de Naciones Unidas con el carácter de Buen Oficiante.

[18] M. R. E.; Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela; vol. XVII; Pág. 253.

El 18 de abril de 1990[19] se firma el Tratado de Delimitación de Áreas Marinas y Submarinas entre la República de Venezuela y la República de Trinidad y Tobago. Este establece que "….La línea de delimitación marítima establecida mediante el tratado citado anteriormente delimita las zonas económicas exclusivas, los mares territoriales y las plataformas continentales entre Venezuela y Trinidad y Tobago en el Mar Caribe y el Océano Atlántico…"

Conforme a la tabla que acompaña al artículo 2 del Tratado sobre Áreas Marinas y Submarinas en el Mar Caribe, el Golfo de Paria, la Boca de Serpiente y la zona del Atlántico, éstas están delimitadas mediante las siguientes coordenadas:

Punto	Latitud norte	Longitud oeste
1	11° 10' 30"	61° 43' 46"
2	10° 54' 40"	61° 43' 46"
3	10° 54' 15"	61° 43' 52"
4	10° 48' 41"	61° 45' 47"
5	10° 47' 38"	61° 46' 17"
6	10° 42' 52"	61° 48' 10"
7	10° 35' 20"	61° 48' 10"
8	10° 35' 19"	61° 51' 45"
9	10° 02' 46"	62° 04' 59"
10	10° 00' 29"	61° 58' 25"
11	09° 59' 12"	61° 51' 18"
12	09° 59' 12"	61° 37' 50"
13	09° 58' 12"	61° 30' 00"
14	09° 52' 33"	61° 13' 24"
15	09° 50' 55"	60° 53' 27"
16	09° 49' 55"	60° 39' 51"
17	09° 53' 26"	60° 16' 02"
18	09° 57' 17"	59° 59' 16"
19	09° 58' 11"	59° 55' 21"
20	10° 09' 59"	58° 49' 12"
21	10° 16' 01"	58° 49' 12"

[19] Entra en vigencia en julio de 1991.

Y desde el punto 1 al norte con rumbo verdadero constante siguiendo el meridiano 61º 43’ 46”, hasta llegar al punto de encuentro con la jurisdicción de un tercer Estado y desde el punto 21 siguiendo el azi- mut 067º hasta el borde exterior de la zona económica exclusiva y des- de allí al punto 22 con las siguientes coordenadas geográficas: latitud 11º 24’ 00” N y longitud 56º 06’ 30” W, el cual está ubicado aproximadamen- te en el borde exterior del margen continental que delimita las áreas de jurisdicción nacional de la Republica de Venezuela y la Republica de Trini- dad Y Tobago con la Zona Internacional de Fondos Marinos que es patri- monio común de la humanidad.

Con este tratado queda delimitado todo el sector norte de la fachada atlántica de Venezuela, quedando pendiente el sector más allá del punto 22 hasta el borde del talud continental que sería objeto de delimitación cuando este se defina con precisión y que además estará influen- ciado por los eventuales acuerdos con Guyana. En todo caso, hasta febre- ro de 2002 Guyana aceptó sin protesta esta línea que define el límite norte de su eventual jurisdicción sobre las áreas marinas y submarinas en cuestión. Este largo periodo de 12 años de aquiescencia por parte de Gu- yana probablemente constituye un *estoppel* o preclusión legal que opera a favor de Venezuela y Trinidad y Tobago y por tanto Guyana difícilmente podrá alegar a su favor las concesiones, como el bloque STABROEK, otor- gados en el año de 1999.[20]

IV | Marco práctico

Al margen de las disquisiciones legales a que sigue dando lugar, en un contexto moderno, el Laudo de París de 1899 y el Acuerdo de Ginebra de 1966, resulta obvio que Guyana en 1999 decidió llevar a cabo una serie de actividades con la intención de apoyar su posición con respecto al Territorio Esequibo y a las áreas marinas y submarinas que eventual- mente generaría conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre

[20] Sobre el funcionamiento de la aquiescencia y el estoppel ver, entre otros, el caso de la controversia limítrofe entre Costa Rica y Nicaragua (Moore; *Internacional Arbitrations*; vol.2; pág.1945) y el célebre caso del Templo de Preah Vihear (Tailandia vs. Camboya; *I.C.J. Reports*; 1962).

Derecho del Mar, firmada en 1982 en Jamaica. A pesar de no ser parte de la Convención de Jamaica,Venezuela desde antes de su firma y entrada en vigencia ha celebrado una serie de tratados de delimitación de sus áreas marinas y submarinas[21] que se encuentran reflejados en el Anexo 2.

La realidad actual nos enfrenta a los cambios tecnológicos y en consecuencia nuevas formas de explotación de los territorios de los Esta- dos, sean estos terrestres o marítimos. Guyana que no deja de reconocer las implicaciones de las delimitaciones logradas por Venezuela y Trinidad y Tobago pero que aún no desea enfrentarse a este último, opta por otor- gar concesiones de las cuales las dos primeras para nada afectan los de- rechos de Trinidad. Así, en 1999 Guyana otorga a Beal Aerospace Techno- logies (BAT) el derecho a construir una base de lanzamiento de cohetes sobre el territorio continental del Esequibo. El proyecto es protestado por Venezuela, pero la causa real de su fracaso en el año 2000 debe buscarse en la decisión del gobierno de Estados Unidos y de la National Space Agency (NASA) de subsidiar a aquellos competidores de Beal que la aventajaban.

Asimismo, en 1999 comienza a otorgar concesiones de hidrocar- buros costa afuera en aguas profundas, concretamente otorga dos: una a la Century GY y otra a Exxonmobil[22]. Venezuela protesta de inmediato, mediante Nota del 13 de julio de 1999, señalando que ambas concesio- nes se encuentran ubicadas en áreas sobre las cuales ejerce soberanía ple- na y efectiva por estar ambas localizadas sobre la proyección de la facha- da marítima del estado Delta Amacuro y por ende, del delta del Orinoco. En dicha nota Venezuela cita el artículo V del Acuerdo de Ginebra como base para desconocer cualquier concesión otorgada por Guyana en con- travención de éste y declara que considera dichas concesiones nulas e írri- tas. A su vez, Guyana rechaza la protesta venezolana mediante Nota del 19 de julio del mismo año y cita igualmente el Acuerdo de Ginebra como base de su posición. Ambos Estados, además, invocan las actividades de buen oficiante desarrolladas por el Secretario General de la ONU, a tra-

[21] Con los Estados Unidos el 28 de marzo de 1978 (Puerto Rico y las Islas Vírgenes); con el Reino de los Países Bajos el 31 de marzo de 1978 (Araba, Curazao, Bonaire, Saba y San Eus- taquio); con la Republica Dominicana el 3 de marzo de 1979; con Francia el 17 de julio de 1980 (Guadalupe y Martinica); con Trinidad y Tobago el 18 de abril de 1990.

[22] Ver Anexo 3.

vés de su representante especial[23] y el establecimiento de la Comisión Bilateral de Alto Nivel el 30 de marzo de 1999, así como los programas de trabajo correspondientes a las distintas subcomisiones que la conforman.[24]

Ambas concesiones de aguas profundas son importantes, aun cuando el nivel de interés varía de una a otra, porque fueron otorgadas por Guyana sobre la base a la línea de equidistancia trazada entre Punta Playa y la línea oficial del tratado celebrado en 1990 por Venezuela y Trinidad y Tobago (ver línea punteada en azul en el Anexo 3)[25]. Las coordenadas oficiales nunca fueron entregadas por Guyana, pero representaciones graficas de ambas son utilizadas corrientemente por las compañías petroleras. La primera concesión otorgada a la Century GY aparentemente ha sido abandonada por dicha empresa. La segunda otorgada a Exxnmobil, también conocida como bloque Stabroek, es de mucha mayor importancia y su límite norte cabalga directamente sobre el límite internacional entre Venezuela y Trinidad y Tobago. Otorgada originalmente en 1998, fue sustituida en 1999 por un contrato de producción compartida. La ExxonMobil es dueña del 100% del bloque Stabroek, que esta ubicado entre 160 y 230km. costa afuera de Guyana y que comprende una super- ficie aproximada de 6.070.500ha. cuya profundidad oscila entre los 200 y 300mts. El status actual del bloque Stabroek puede calificarse de 'espera' mientras su dueño continúa negociaciones con Venezuela y Trinidad y To- bago, países en los que tiene intereses importantes y que están ambos en capacidad de ofrecer compensaciones en otras áreas tanto o más apete- cibles si así lo desean.

Felizmente las confusas declaraciones hechas por el presidente Chávez durante su visita a Guyana en febrero de 2004, que parecían implicar una renuncia al Territorio Esequibo, no fueron tomadas en serio por el Ministro de Relaciones Exteriores guyanés, Rudy Insanally, quien optó por descartarlas. Dicho esto, no cabe duda que la posición de ambos países sigue siendo no reconocer concesiones otorgadas por el otro.

---

[23] Para esa época el enviado oficial era Sir Alister McIntyre. Los informes sobre las actividades llevadas a cabo a través de la oficina del Secretario General son secretos según práctica de los Estados.

[24] Este material suele ser confidencial de acuerdo a la práctica de los Estados.

[25] La coordenadas oficiales de esta línea de equidistancia nunca han sido publicadas hasta ahora que se sepa.

Venezuela va a continuar su política de otorgar concesiones en la Plataforma Deltana y es por ello que en febrero del 2003 otorgó las res- pectivas licencias de exploración correspondientes a los bloques 2 y 4 a la Chevron-Txaco (USA) y a la Statoil (Noruega). Es verdad que quedan pendientes los bloques 3 y 5, este último de especial importancia, ya que la concesión guyanesa Stabroek se solapa con éste en más de un 60%. Pe- ro, si los estimados de Petróleos de Venezuela (PDVSA) sobre depósitos en el orden de 38 billones de pies cúbicos de gas y 3,2 millardos de ba- rriles de petróleo dentro de una superficie total de 48.000 km2 se acer- can a la realidad, será mucho el interés en tener acceso a estas eventuales concesiones y la Reclamación Esequiba será parte interesante y actual de la realidad jurídica contemporánea.

Derecho Internacional Público

Derecho y Ética Ambiental y Laboral en la era de la mundialización*

Francisco Iturraspe

"Probablemente la transformación cultural más importante para el logro de la sustentabilidad en el siglo XXI sea el surgimiento de un modelo de acción humana que armonice los aspectos éticos, económicos y ecológicos, centrándolos en una vocación de solidaridad comunitaria"Dally y Cobb, 1994

"El desarrollo de una ética ambiental puede ser deseable, pero difícilmente cambiará la naturaleza humana básica. En vez de intenciones, la correcta administración de los recursos depende de cómo buenas instituciones sociales controlan el interés personal a través de incentivos individuales"
Anderson y Leal, 1991

Los derechos de tercera generación exigen una acción de la co- munidad internacional, ya que no puede haber desarrollo humano, ni pro- tección del medio ambiente, ni justicia social, ni paz, ni reconocimiento del "patrimonio común de la humanidad", ni consiguientemente vigencia efec- tiva de esos derechos sin una acción internacional, tanto en el plano de la normativa como de la militancia de los movimientos sociales.

En todos nuestros países son crecientes los intentos de aplicación de esta normativa internacional, así como la toma de conciencia paulatina de sectores sociales críticos cada vez más importantes que asumen lo que

* El presente trabajo, presentado como homenaje a un consecuente ambientalista y jurista, forma parte de una investigación mayor sobre Derecho Ambiental del Trabajo.

Guattari (1989) llamaba “luchas del deseo” y exigen el cumplimiento de las normas y la adopción de políticas ambientales y sociales contrapuestas a los esquemas ideológicos hegemónicos (Anderson y Leal 1991) y a la concentración del poder financiero, tecnológico y político (Chonchol 2000).

Por ello es fundamental un cambio en la estructura y acción de los actores colectivos: por una parte la necesidad de una agenda ambien- tal en los sindicatos y de una agenda social en las organizaciones ambien- talistas, lo cual determinará cambios cualitativos, no solamente en los pro- gramas y luchas, sino en su “militancia”, en su organización y sus relaciones con el Estado y la sociedad.

Es menester también que los actores sociales asuman –más allá de sus esquemas reinvindicativos tradicionales como un mecanismo de refundación y reasignación de sentido a sus luchas y a su propia existen- cia colectiva– la búsqueda de la ciudadanía de quienes trabajan en las di- versas condiciones y modalidades en la nueva y en la vieja economía y en las cambiantes modalidades de las relaciones laborales de América Latina. Parece fundamental, sobre todo en América Latina, la reformulación del papel del Estado. Las contradicciones de nuestro desarrollo histórico dieron lugar en la mayoría de nuestros países a una fuerte debili- dad institucional, debilidad que se acentúa como consecuencia del proceso de mundialización.

En la última parte del siglo pasado hemos presenciado un proceso de “retiro del Estado”, de desmantelamiento jurídico, ideológico y organizativo: una gigantesca operación mediática de deización y sublimación del mercado y satanización de lo público, de lo colectivo y, en especial, del Estado.

La base de una política nacional coherente en materia ambiental y laboral exige asignarles a los actores colectivos, en especial a las organizaciones de los empleadores y trabajadores y a los nuevos movimientos sociales, un papel primordial en el diseño, en la elección de las priorida- des, en la ejecución y evaluación de esa política. El Estado debe abando- nar su práctica de legislar discursivamente y querer controlar todas las ac- tividades más allá de sus posibilidades y, por el contrario, asumir decididamente su rol regulador, promotor y orientador y sobre todo, co- ordinador de los esfuerzos públicos y privados, descentralizados y por ra- mas de actividad, tendentes a la autorregulación por parte de los propios actores sociales en ejercicio de la autonomía colectiva.

Esta es la base del desarrollo de un Derecho Ambiental Laboral capaz de contribuir al respeto por el equilibrio ecológico y humano, a la reconciliación entre naturaleza y desarrollo, al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y a la conformación de un modelo democrá- tico de relaciones de trabajo y de gestión de la producción que lleve a los trabajadores a convertirse en verdaderos ciudadanos de la empresa que contribuyan en forma protagónica a los cambios profundos que requieren nuestras economías para salir del esquema rentista depredador de la na- turaleza y para pasar a un modelo y prácticas productivas que respeten el ambiente y desarrollen las potencialidades materiales y humanas.

I | Etapas del proceso de mundialización y su impacto en los "recursos" humanos y los "recursos" naturales

El industrialismo[1] se desarrolló sobre la base de la explotación de la naturaleza y de la "mano de obra" en los talleres, fábricas, minas, bosques y plantaciones de la nueva era del progreso en el siglo XIX. Las escenas dantescas de los años de la Revolución Industrial muestran a niños, mujeres y hombres durante larguísimas jornadas encadenados a rudimentarias máquinas accionadas a vapor con una fuente de energía central.

En esta etapa, la necesidad de las empresas de permanecer en el mercado y desalojar a las competidoras, se traducía, por una parte, en un aumento incesante de la tasa de explotación mediante la extensión de la jornada de trabajo y el incremento del ritmo de producción y, por otra parte, en la degradación de los ecosistemas a una escala antes desconocida en la relación sociedad-naturaleza.

El cambio tecnológico permitió un notable crecimiento de la productividad, uno de los saltos más espectaculares de la historia hasta entonces y un aumento de la acumulación también inédita. Pero también fueron muy importantes y muy graves las consecuencias para las condiciones de

[1] En especial en la fase de acumulación originaria –Vid. Iturraspe (ED.), 1999, Pág.VI– etapa de capitalismo "salvaje" en la que se desarrollaba una feroz competencia entre las empresas y un "darwinismo" social sustentado en la concepción liberal decimonónica, expresión de un individualismo indiferente ante la destrucción de la naturaleza y el sufrimiento de quienes

trabajaban en condiciones infrahumanas.

vida y de trabajo de las grandes masas campesinas devenidas en "proletariado urbano" bajo el imperativo del requerimiento de "mano de obra" (que después adoptaría el nombre de "recursos humanos") para la naciente industria, para los nuevos *hábitat* marginales en los suburbios de las grandes ciudades y para el ambiente y la naturaleza no solamente de estos países, sino también de aquellos de los que se extraían los insumos y las materias primas: los "recursos" naturales.

La relación del hombre con la naturaleza ha variado a través de la historia y de las diferentes culturas. Pero la sociedad humana, sobre to- do después de la revolución industrial, se ha caracterizado por ser depre- dadora de otras especies y contaminadora compulsiva (Iturraspe, 1998). En cambio, la relación sociedad-naturaleza en muchas de las culturas americanas anteriores al "descubrimiento" estaba basada en un esquema armónico (Gligo y Morello, 1989), en el cual la identificación con la tierra era parte fundamental no solamente de su cosmovisión, sino de una ética productiva que, lejos de considerar a la naturaleza como un "recurso" a "usar y abusar", era generalmente sacralizada.

En la "primera mundialización" los metales preciosos y las tierras aptas para la producción de azúcar fueron los dos principales atractivos iniciales de los conquistadores y colonizadores del nuevo mundo. (Ferrer, 1996). Éstas y otras actividades extractivas y agrarias dejarían una huella indeleble en nuestras sociedades y en muchos de nuestros ecosistemas.

Por ello, esta etapa (posterior a los "descubrimientos") trajo consigo, como primer nota a considerar, la depredación de los "recursos" natu- rales y la ideología de la reducción de la naturaleza a "recurso" a explotar.

Pero esta depredación vino acompañada de la degradación de los "recursos" humanos. La minería y otras actividades extractivas y las ha- ciendas y plantaciones exigieron el sometimiento de las poblaciones ori- ginarias: los "recursos" naturales requerían de "recursos" humanos para convertirse en mercancías y en riqueza acumulable. La reducción de los diferentes pueblos indígenas al trabajo requerido por el nuevo modelo productivo mercantil fue una de las causas de la terrible catástrofe demo- gráfica que sufrió el continente con la muerte de decenas de millones de seres humanos. La economía extractiva de la primera mundialización en América requería de creciente cantidad de mano de obra, por lo cual se produjo la incorporación de grandes masas de esclavos provenientes de África. La conquista y colonización de

América introdujeron dos nuevas dimensiones en el tráfico esclavista: por una parte, nunca antes se había

traficado en escala semejante a la inaugurada con la incorporación del nuevo mundo al emergente orden mundial ni, por otra parte, la esclavitud había estado asociada a la raza y a una fractura profunda entre los niveles culturales de esclavistas y esclavizados (Ferrer, 1996).

La degradación de los "recursos" humanos y la ideología de la reducción de los seres humanos a "recursos" a explotar, se pone de manifiesto con las discusiones teológicas sobre si los indios o los esclavos africanos tenían alma –o no la tenían– y continúan hoy en día con la idea de que la fuerza de trabajo es una mercancía que debe ser simplemente re- gulada por el "mercado de trabajo".

Frente a esta situación emergen respuestas de distinto género en todo el continente, desde las primeras insurrecciones indígenas y la rebeldía de los esclavos en los "quilombos", "cimarroneras" y "rochelas" hasta los enfrentamientos al colonialismo español y portugués, con las guerras de la independencia que darán lugar a la imposición del orden republicano oligárquico y al neocolonialismo anglosajón.

La segunda mundialización, que viene de la mano de la primera revolución industrial, le permitió a nuestras jóvenes repúblicas latinoamericanas incorporarse al mercado mundial como exportadoras de las materias primas que requería el proceso de industrialización de Europa y los Estados Unidos. Así nos incorporamos al comercio mundial con las mercancías producidas en los enclaves y en las minas y llanuras feraces con- quistadas a los indígenas y a los criollos mediante una desigual guerra de exterminio. Nuevamente se requirió de "mano de obra": la inmigración que llegó de Europa y, en algunos casos de Asia, para levantar las cosechas, colaborar en la construcción de ferrocarriles etc. Esta segunda etapa si- guió los pasos de la primera: por una parte, la biodiversidad y la vida na- tural retroceden en la medida que avanza el "progreso", por la otra se es- tablecen las ideas euro centristas y racistas por las cuales nuestros pueblos son incapaces de desarrollarse sin el concurso de los capitales y la "civili- zación" europea (Sarmiento, 1845).

Las nuevas respuestas serán las luchas por la autonomía regional frente al centralismo y la imposición del orden neocolonial y las organizaciones y luchas de los trabajadores de la ciudad y del campo, con la incorporación activa de los nuevos sectores sociales provenientes de la migración, que caracterizan las etapas iniciales del movimiento sindical latinoamericano a finales del siglo XIX y comienzos del XX. En esta fase de respuestas se inscriben la Revolución Mexicana y centroamericana, las

rebeliones campesinas, las primeras huelgas obreras, la reforma universitaria y la constitución de organizaciones obreras de diverso signo político y de agrupaciones democráticas de contenido latinoamericanista.

Esta expansión del progreso exportador en América Latina y de la segunda mundialización tiene su crisis en 1929/1930, época en la que se potencia un nuevo modelo de desarrollo basado en la industrialización sustitutiva de importaciones. Este proceso da lugar al crecimiento del Estado, con un papel en la economía y en políticas sociales que logran expandir la educación, establecer sistemas de seguridad social y regímenes más democráticos de relaciones laborales con el apoyo a las organizaciones sindicales y el surgimiento de organizaciones políticas y sociales populares. Estos procesos sociales y políticos disímiles y en diversos tiempos según los países, intentan, dentro de las limitaciones propias de nuestras sociedades, por una parte, poner fin al orden oligárquico y por otra parte limitar la creciente influencia de los Estados Unidos en la región.

El esquema de desarrollo “endógeno” da lugar –en general en la mayoría de nuestros países– a una rápida urbanización, un importante incremento de la población, el intento de construcción de economías basadas en el mercado interno y en el proteccionismo que permite una industrialización desarrollada muchas veces sin tener en cuenta los límites ambientales y los imperativos de la justicia social. Estos factores determinan nuevos desequilibrios sociales y ecológicos: la marginalidad social[2], la urbanización de tierra agrícola sin una planificación de la ocupación del territorio, el aumento desproporcionado del tamaño de las ciudades con sus cinturones de miseria, la falta de planificación adecuada de la deposición de los desechos industriales y urbanos que convierten en cloacas a nuestros ríos, la llamada “revolución verde” que provoca graves problemas a la biodiversidad, la contaminación del aire, del mar y del suelo etc. El propio Estado industrializador es incapaz de poner coto a la acción de- predadora, frente a la cual aparecen los primeros movimientos conserva- cionistas, contra la contaminación y en defensa del medio ambiente, en general sin ninguna articulación con las organizaciones de trabajadores.

[2] La marginalidad es utilizada por esquemas clientelares de diverso signo que distorsionan los sistemas políticos y que generan modelos antiparticipativos que suelen estructurarse con tradiciones autoritarias y frecuentes intervenciones militares sobre todo después del golpe de Estado de 1964 en Brasil.

Este modelo de desarrollo comienza a entrar en crisis y es reemplazado por un nuevo esquema neoliberal que acompaña a una tercera mundialización llamada generalmente globalización, que implica una fuerte expansión del comercio mundial, sobre todo entre los países desarrollados, una notable concentración del poder de los monopolios transnacionales y una aguda dependencia financiera, una nueva y profunda revolución tecnológica, una ruptura de los espacios nacionales en el plano comunicacional, cultural, jurídico y político y la imposición de un modelo societal mundial, que, sobre todo después de la caída del muro de Berlín, aparece con la pretensión de "único".

La lógica del mercado se profundizó en América Latina, en especial en las últimas décadas del milenio, desencadenando profundas transformaciones en sus matrices culturales y políticas. La mayor parte de los análisis de este proceso han enfocado aspectos macroeconómicos (como por ejemplo el déficit fiscal o la inflación, la privatización de empresas públicas y la reducción de las políticas sociales). Sin embargo, esta reorganización economicista tiene muchos otros efectos, en tanto expresa una forma de concebir a la sociedad, las relaciones de trabajo y la naturaleza. Aunque en ningún país se mantiene un modelo neoliberal "puro", y mientras sus postulados están perdiendo fuerza en especial después de la caída del "modelo argentino", igualmente permanece un sesgo o estilo neoliberal sobre nuestras sociedades y en la dirigencia económica y política. Aunque se habla de justicia social y equidad, hay evidencias de la permanencia de una impronta que una y otra vez muestra la presencia del re- duccionismo de mercado que plantea análogas formas de concebir las re- laciones entre las personas y las relaciones con la Naturaleza, existiendo un alarmante paralelo entre sus propuestas sociales y ecológicas (Gudy- nas,1998).

Efectivamente, a partir de la crisis del modelo de industrialización sustitutiva y de los mecanismos políticos y sociales que había propiciado, aparece en materia laboral y de seguridad social una fuerte tendencia a la "flexibilización" (Romero, 2003) de la normativa laboral y de las relaciones de trabajo, que algunos autores prefieren denominar "desregulación", a la "precarización", al aumento de la informalidad y el desempleo, así como al desmantelamiento de los mecanismos de solidaridad social para dar paso a propuestas privatizadoras de los regímenes de pensiones (Iturraspe, 2002), de vivienda y de salud que priorizan la formación de capitales sobre el bienestar presente y futuro de los trabajadores y de la población en ge-

neral. Estas “políticas sociales” acompañan a nuevos modelos de relaciones interpersonales y culturales predominantemente individualistas que agravan la importante “brecha social” existente al interior de nuestros países.

II | “Crisis civilizatoria”, crisis en “la relación sociedad-naturaleza” y crisis de las relaciones de trabajo

La ideología del progreso indefinido y sus apoyos científico-positivistas (y los diversos credos políticos que surgieron bajo estas ideas) renovaron en América las promesas bíblicas que le ofrecieron al hombre “dominar la tierra” y ponerla a su servicio.

Las artes ensalzaron la conquista de la naturaleza, la conversión de los bosques en tierras de labranza, “el cultivo”, el crecimiento de las ciudades, la “civilización”. El colonialismo primero y el neocolonialismo después permitieron llevar ese progreso a todos los rincones del planeta y “domesticar” o exterminar a las culturas que tenían una relación menos agresiva con la naturaleza. La religión no se quedó atrás y ayudó con ím- petu misionero a imponer ese modelo.

El Derecho, influenciado por esas ideas y por el auge del progreso económico, toma los conceptos jurídicos romanos, los codifica o los jurisprudencializa, para que la naturaleza y todos sus reinos: animales, vegetales y minerales, sean una res (cosa, objeto) y la relación del hombre-propietario con ellos, la *plena in rem potestas*, que facilita *el ius utendi, et abutendi et fruendi.* El sacrosanto derecho de propiedad permi- te abusar y degradar la naturaleza como eje de todo el sistema jurídico articulador de los intereses sociales hegemónicos.

Las propias ideas sociales contestatarias predominantes asumieron el papel de socialismo “científico” y la bandera de la superación del capitalismo porque frenaba el desarrollo de las fuerzas productivas de la sociedad. Los escritos de los padres fundadores del materialismo histórico ensalzaban el papel de los ingleses en la India y la destrucción de los modos de producción perimidos por la obra del progreso. El positivismo divide a la sociedad entre “progresistas” y “retrógrados” por oponerse al avance de las fuerzas productivas. Así como la cuestión social, provocada por las injusticias “internas” del sistema en las grandes metrópolis, dio lugar a la sociología, la conquista colonial hizo necesario el estudio de las “formas primitivas” por la antropología.

Las guerras coloniales y mundiales –más allá de su crueldad y brutalidad– fueron un gran instrumento de expansión del progreso y la tecnología y permitieron la difusión de esta ideología de este modelo productivo y de relación sociedad-ambiente.

Durante todo el tiempo se escucharon voces disidentes y enfrentamientos al modelo de desarrollo, pero eran arrolladas por la marea creciente del progreso y los formidables aparatos ideológicos, jurídicos, culturales, científicos, religiosos, artísticos, económicos etc., de la modernidad. Al comienzo aparecieron unos individuos a veces exóticos, llamados conservacionistas, que intentaban combatir el mal por sus efectos y por ende solían ser totalmente funcionales al sistema.

Pero las señales de alarma se multiplicaron: la gente común –primero en el mundo desarrollado y después en todos los países– empezó a percibir con claridad los terribles estragos, los peces muertos en los ríos contaminados, la proliferación de las enfermedades ambientales, la polución atmosférica. Comienza a desarrollarse la idea de medio ambiente y surge la ecología que pone de manifiesto el tenebroso impacto sobre los ecosistemas de nuestra civilización.

El informe del Club de Roma recopiló las profecías del desastre por parte de grupos de científicos altamente acreditados: nos queda car- bón, petróleo, minerales para muy poco tiempo y el ritmo de utilización de esos "recursos" se intensifica vertiginosamente, la población aumenta en forma geométrica, la contaminación de los diversos ecosistemas es ca- da vez mayor, los bosques, pulmones de oxígeno, los océanos, grandes fuentes de alimentos, están en grave peligro.

Cuando en los ochenta los cambios políticos en la ex Unión Soviética comenzaron a mostrar a través del *Glasnost* (transparencia) los efectos en la naturaleza del sistema imperante en los países hasta entonces denominados socialistas el mundo no dejó de asombrarse. La destrucción ecológica era algo más que un subproducto del capitalismo occidental: forma parte de nuestros impulsos vitales, se alojaba en el *tánatos* de nuestro inconsciente colectivo, parecía inseparable de todas las manifesta- ciones culturales del mundo del progreso.

Muchos propusieron un cambio agresivo, otros formaron partidos para tratar de modificar el aparato del Estado y establecer reglas de juego. Pero poco o nada realmente cambió fuera de los llamados países centrales en los que la conciencia de la población operó una modificación

de las conductas sobre todo en el plano cultural, aunque, en muchos casos, superficial.

Los trabajadores y sus organizaciones se vieron bien pronto frente a una feroz contradicción: las fábricas, los microclimas industriales, las vecindades urbanas, los campos de labor contaminados por los pesticidas eran su hábitat natural, pero la imposición de reglas estrictas en beneficio de su vida y su salud se encontraba frente al permanente chantaje de pérdida de los puestos de trabajo y el traslado de las fuentes de empleo a zonas o países permisivos, generándose el *dumping* ambiental o ecológico.

Los sindicatos, que históricamente fueron las primeras organizaciones no gubernamentales preocupadas por temas del ambiente laboral (higiene industrial, fatiga y reducción de la jornada etc.) en muchas ocasiones, por el dramático tema de la pérdida de puestos de trabajo y por una mentalidad fuertemente condicionada por el propio modelo de desarrollo, asumieron roles “conservadores” en materia de protección ambiental frente a las Organizaciones no gubernamentales ecologistas, parte de los nuevos movimientos sociales.

La última fase de la mundialización, o globalización como se la denomina en un anglicismo que muestra las hegemonías culturales del proceso, ha agravado en los últimos años la crisis ambiental y social debido a varios procesos paralelos e interconectados:

El predomino en todo el planeta de un modelo de desarrollo basado en la explotación irracional de los “recursos” naturales (y como vimos, de los “recursos” humanos también) y en la generalización de un consumismo desbordado para muchos países y capas de su población, y contradictoriamente, de pobreza y marginalidad para sectores crecientes. Ambos polos de este desarrollo desigual tienen graves consecuencias ambientales.

El consumismo, por una parte, transforma las relaciones entre las personas y el mercado profundiza su hegemonía social (Guattari, 1998). La cosificación de los seres humanos trastoca desde su raíz las sociedades. La publicidad y la oferta crean artificialmente la demanda de productos cada vez más sofisticados. Los automóviles y artefactos de todo tipo consumen una cantidad de energía impresionante creando una cultura de competitividad y despilfarro.

Por otra parte, el incremento de la marginalidad y la pobreza también tienen repercusiones ecológicas preocupantes, como la incesante tala de árboles de los bosques para leña, prácticas contaminantes, la

desaparición de especies y ecosistemas por la presión de la expansión demográfica. Éste es el segundo de los procesos que examinaremos a continuación.

El crecimiento demográfico, la aparición de megalópolis, la invasión y destrucción incesante de ecosistemas enteros y de tierras cultiva- bles. Cada 8.23 segundos se pierde una hectárea productiva (IDRC, s/f).

El desarrollo tecnológico desenfrenado que le ha permitido al hombre obtener energía del átomo (y crear armas infernalmente poderosas capaces de hacer volar el planeta en mil pedazos), materiales del gas y del petróleo, de los minerales, biotecnología, generalizar el transporte y las telecomunicaciones, lograr estándares de confort insospechados hasta hace muy pocos años y –en general– altamente consumidores de energía y sobre todo acumular medios bélicos cuya utilización en una pequeñísima fracción ha traído consecuencias impresionantes, como las enfermedades degenerativas de soldados norteamericanos de la guerra del Golfo o la leucemia que padecen los soldados italianos que permanecieron en Kosovo según denuncia la prensa internacional (El Mostrador, Santiago, 19 de diciembre de 2000).

La crisis de nuestros sistemas de relaciones de trabajo es igual- mente manifiesta. Se habla del "fin del trabajo" (Rifkin, 1999) y, desde es- tas perspectivas, los cambios llevan a la desarticulación del "mundo del trabajo" tal como lo conocíamos hasta hace relativamente poco tiempo. Por una parte, se han incrementado las tendencias a la informalización, al desempleo y subempleo, a la precarización, la pérdida de puestos de trabajo estables, los retrocesos de las tasas de sindicación y negociación colectiva lo que ha llevado a una triple crisis del Estado benefactor, del Derecho del Trabajo como instrumento protector y del sindicalismo. En el plano cultural, la crisis muestra una creciente desvalorización del trabajo frente a nuevos imaginarios sociales "posmodernos". En el aspecto político observamos la caída de los denominados "Estados del socialismo real" y de los partidos que los hegemonizaban con su retórica obrerista y el retroceso de las ideas socialdemócratas originales frente a nuevas corrientes "modernizadoras" en los principales partidos socialistas policlasistas de occidente como en el Laborismo inglés, el PSD de Alemania, el PSOE español etc., que llevan a enfrentamientos abiertos o disimulados con las organizaciones sindicales que fueron su tradicional sustento.

Pero estas crisis parciales, del Estado, del trabajo, de nuestra relación con la naturaleza y de las visiones nacionales y colectivas del mundo

frente a un emergente individualismo, nos llevan a una crisis civilizatoria que ha coincidido con el inicio del nuevo milenio y que ha hecho aflorar nuevas perspectivas “milenaristas” que pretenden la obsolescencia de los modelos de relación entre los hombres, como trabajadores y como ciu- dadanos frente a la emergencia de una cultura del consumo que convier- te al hombre en un objeto del mercado: una dramática alienación que han estudiado desde intelectuales como Guattari hasta el Papa Juan Pablo II y que tiene la grave contradicción “global” que genera un sistema económi- co, cultural, social y político que deja fuera del consumo de los productos más necesarios para la vida humana, del conocimiento tecnológico y de la ciudadanía a crecientes mayorías de pobladores de nuestro planeta como lo ha constatado recientemente el Programa de las Naciones Unidas pa- ra el Desarrollo.

III | Problemas sociales y ambientales “desde el mercado”. Las deudas sociales

La perspectiva neoliberal, además de ser un modelo económico, es también una visión amplia de la vida en sociedad. Postula al mercado co- mo el escenario social perfecto. Su funcionamiento se basaría en la acep- tación voluntaria de los individuos, a partir de sus intereses particulares, sin atender a los fines colectivos. Las interacciones sociales quedan reducidas a relaciones de mercado. El centro se pone en el individuo, y la sociedad deja de ser una categoría con características propias, reflejando en cambio un mero agregado de personas distintas, cada una atendiendo sus propios fines. Los derechos personales son reducidos a derechos del mercado, y la libertad es presentada negativamente, como ausencia de coerción, y en es- pecial restringida básicamente a la libertad de comprar y vender.

Es en el mercado donde se realiza la libertad personal. Para asegurar su correcto funcionamiento debe estar protegido de intervencionismos, y en especial, de los provenientes del Estado.

Un breve vistazo a algunas medidas que se han tomado en los terrenos social y ecológico, servirán de ejemplo. Las políticas sociales, en particular los servicios de seguridad social, y la educación, así como las políticas ecológicas de conservación de la Naturaleza, quedan subordinadas a criterios de mercado Gudynas (1995, 1998) Coraggio (1993), De Sierra (1994), Stahl (1994).

Según esta concepción, la mejor defensa del ambiente y la naturaleza es su privatización. Lo Estatal, y aún más lo público, es como *res nulius*. No tiene dolientes, nadie lo defiende. Es necesaria una política que ha- ga privado el aire, el agua, el mar. Ya en muchos de nuestros países esto ocurre y, por ejemplo, se ha dividido el mar territorial a través del sistema de concesiones. Igualmente ocurre con "lo social": algo eminentemente público y solidario, como la seguridad social es privatizada, sus fondos en- grosan el mercado financiero especulativo y las prestaciones de los futu- ros jubilados y pensionados dependen de los vaivenes bursátiles más que de su esfuerzo y capacidad individual, como se quiere hacer ver en una implacable campana mediática.

Dice Gudynas en su excelente trabajo que el ambientalismo neoliberal puede alcanzar posiciones ridículas. En su búsqueda obsesiva de optimizar los mercados, se ha llegado al extremo de plantear que el principio de contaminador-pagador se aplicaría no el contaminador sino a aquellos afectados por la contaminación, quienes deberían pagar esos impuestos y tasas y de esa manera inhibir a las personas de escoger lugares de residen- cia próximos a industrias contaminantes (Baumul y Oates, 1988).

Las empresas consideran a los costos ambientales como "externalidades" negativas, parte de un pasivo indeseable y los Estados que establecen reglas y las hacen cumplir son considerados enemigos de la competitividad y poco fiables para las inversiones.

Crece por ende un pasivo ambiental en varios aspectos:

• Los efluentes industriales, las substancias contaminantes que muchas veces son subproducto de algunos procesos cuyas tecnologías fueron desarrolladas con absoluta prescindencia de los posibles impactos ambientales, como los desechos radiactivos de las plantas de generación de energía atómica, las plantas petroquímicas de cloro y soda que desechan toneladas de mercurio al medio ambiente, la generación de energía por la quema de combustibles fósiles y su comprobada contribución a la lluvia ácida y al efecto invernadero etc.

• La utilización irracional de energía e insumos y un permanente "saqueo" de las materias primas compradas a precios manipulados en el mercado mundial, rebajados por lo que la CEPAL denominó el deterioro de los términos del intercambio.

• La contaminación de los lugares de trabajo y las vecindades industriales. Una Encíclica ponía de manifiesto hace muchos años que la ma-

teria sale ennoblecida del taller y el hombre degradado. Miles de productos son utilizados por las industrias sin un estudio previo de su incidencia en la salud de los trabajadores (ni de los consumidores, ni de los habitantes de las vecindades). Cuando la presión pone en peligro las actividades contaminantes esos procesos son trasladados a otros países con menor o sin protección ambiental.

• La fabricación de productos innecesarios y contaminantes que generan su propio mercado merced a la manipulación consumista, a la lógica de concentración de poder, y a un esquema individualista exacerbado como por ejemplo, la cultura del automóvil, altamente ineficiente y contaminante como medio de transporte, la fabricación de armamento cada vez más aterradoramente sofisticado o la "cocacolonizacion" y "macdonalizacion" de los hábitos alimentarios con el consumo masivo de productos perjudiciales para la salud, en especial de los niños, niñas y adolescentes.

• La intensificación del comercio mundial aumenta la posibilidad de desastres provocados por el traslado de materias primas y productos manufacturados, derrames petroleros, escape de productos químicos, de desechos industriales etc.

• La desaparición de ecosistemas enteros o su degradación y la extinción de gran cantidad de especies, por la tala, las emisiones contaminantes etc., así como la pérdida de la biodiversidad.

• Los gravísimos cambios climáticos en los cuales parecen tener una responsabilidad muy grande los desequilibrios provocados por la continua expansión de la tecnoesfera y una de cuyas expresiones más difundidas es el agujero de la capa de ozono que producen los derivados del carbono que se combinan con esa forma alotrópica de oxígeno y priva a la atmósfera de la defensa natural contra los rayos solares dañinos para la vida humana, vegetal y animal.

• El uso de herbicidas, pesticidas, alimentos para animales, métodos agrarios altamente peligrosos para la salud de los trabajadores rurales y los consumidores.

• La propagación de enfermedades ocasionadas o agravadas por los problemas ambientales, que constituyen un grave peso para la salud pública de nuestros países.

Esta situación produce una grave y múltiple agresión que sufren la naturaleza y los propios seres humanos:

• Como productores en un ambiente agresivo, insalubre y conta- minado con deterioro de las condiciones y medio ambiente del trabajo,

• Como consumidores, objeto de manipulación, ansiedades consumistas y graves peligros por el uso de diferentes substancias no catalogadas pero muy probablemente dañinas,

• Como pobladores de las altamente marginalizadas ciudades, producto del proceso de "calcutización" de nuestras metrópolis,

• Como desempleados por la incorporación de la robótica y de- más tecnologías desplazadoras de mano de obra y como subempleado o trabajador precario por las nuevas formas de contratación "flexibilizadas",

• Como ciudadano de un país –y como habitante de un planeta– amenazado por la destrucción de los ecosistemas y del "tejido social" cre- ado por la Seguridad Social (que pasa a convertirse en esta concepción en un instrumento financiero e individualista), por la acción sindical (que es estigmatizada como inconveniente para el desarrollo del mercado de la "mercancía" trabajo) y del propio de Derecho del Trabajo (considerado como un estorbo a la productividad y competitividad y al propio desarro- llo individual de los trabajadores).

•Como padres de las nuevas generaciones que recibirán proble- mas sociales, ambientales y ecológicos agravados por la irresponsabilidad de las generaciones anteriores.

Si bien nuestro trabajo se centra en el primero de estos aspectos, los del medio ambiente de trabajo, no podemos dejar de considerar que los problemas de las condiciones y medio ambiente de trabajo (Cymat) no están aisladas sino que conforman un todo con el resto de los problemas ambientales descritos.

IV | El papel del Estado, el Derecho Ambiental y el Derecho del trabajo y sus limitaciones en América Latina

Sin menoscabar la importancia de los antecedentes de la temprana preocupación por el ambiente, por ejemplo de Simón Bolívar (los decretos conservacionistas del Libertador), las primeras regulaciones ambientales las encontramos como parte de la protección de los

microclimas industriales, tanto en el incipiente Derecho del Trabajo –en

especial el referido al trabajo en las minas– como en las regulaciones de nivel municipal, local, que derivaban las competencias de ordenación edi- licia, higiene y aspectos conexos. Pero bien pronto la magnitud del proble- ma comienza a hacer insuficientes esas previsiones y aparecen normas es- pecíficas de Derecho Público.

El Derecho del Trabajo aporta tempranamente normas internacionales como las relativas al uso de la cerusa en la pintura y la limitación de la jornada de trabajo en la industria y normas nacionales de higiene y seguridad de las fábricas y otros lugares de trabajo. El Derecho Civil regula los daños producidos por la inseguridad laboral y por las prácticas de- predadoras del ambiente dentro de los cánones tradicionales de la res- ponsabilidad civil y surgen incluso normas penales.

Así como el Derecho del Trabajo es producto de los graves desequilibrios sociales producidos en la Revolución Industrial, el Derecho Ambiental nace como una reacción frente a la grave situación de los crecientes desequilibrios ecológicos. Ambos tienen, desde sus inicios, una vocación internacional: la normativa laboral para regular la competencia internacio- nal a través de normas que comienzan a elaborarse a finales del siglo XIX y, a mediados del siglo XX la normativa ambientales dado que es recono- cido que, en general, los problemas ambientales afectan más allá de las fronteras nacionales y se requiere una acción internacional frente a ello.

La primera oleada de regulación tanto ambiental como laboral es claramente intervencionista: el Estado, por una parte, y por otra la comunidad internacional, asumen un papel fundamental.

Así la regulación laboral asume primero la forma de normas producto de las convenciones colectivas y legales, para pasar a desarrollarse internacionalmente (OIT, 1919) y a constitucionalizase tras las experiencias pioneras de Querétaro y Weimar.

Más adelante, algunos países desarrollan importantes instituciones para el control ambiental y sanciones más severas para los contami- nadores. En el nivel internacional también se crean importantes institucio- nes especializadas como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y se multiplican las Conferencias Mundiales que constituyen grandes hitos en el desarrollo de una conciencia ambien- tal como las de Estocolmo en 1973 y Río de Janeiro en 1993. Aparece la idea de la tierra como hábitat de la humanidad: "una sola tierra".

Los organismos financieros internacionales condicionan su asis-

tencia crediticia al cumplimiento de ciertas normas ambientales y el Trata-

do de Libre Comercio de América del Norte (conocido por sus siglas en inglés, NAFTA), adopta reglas especiales para evitar el *dumping* ecológico, y dentro del aspecto laboral, establece mecanismos específicos para vigilar las violaciones de los países contratantes de las normas relativas a la higiene y seguridad laborales y medio ambiente de trabajo.

En esta "segunda ola" de regulación los sindicatos latinoamericanos o ignoran el problema o caen atrapados en este campo por la contradicción entre la defensa del empleo y la protección ambiental - y utilizan una doble estrategia: por una parte intentan, a través de la negociación colectiva y otros mecanismos, establecer reglas que permitan mejorar las condiciones ambientales sin detrimento del empleo, y por otra parte, demandan al Estado reglamentaciones, compensaciones y subsidios para poder enfrentar el problema.

Paralelamente, se amplía la conciencia ambiental en sectores cada vez más importantes de la población y comienzan a agruparse, en el ámbito nacional e internacional organizaciones no gubernamentales con agendas cada vez más precisas. Las prácticas depredadoras y contaminadoras de las empresas y de los individuos comienzan a ser éticamente consideradas como "políticamente incorrectas" no solamente en los países desarrollados sino en importantes sectores de América Latina.

Los derechos ambientales –como derechos felicitarios (Tinoco, 1988) como derechos de tercera generación o derechos de solidaridad (Uribe Vargas, 1983)– comienzan a constitucionalizarse. Esta tendencia es tan notable, que incluso constituciones como la chilena de la dictadura, que proponían fundar jurídicamente un orden neoconservador o neoliberal, contienen normas importantes de Derecho Ambiental.

Es precisamente ese esquema político neoconservador o neoliberal que como parte de la (contra) revolución Thatcheriana-Reaganista comienza a erosionar al aparato jurídico institucional de defensa del ambiente en general y del ambiente de trabajo en particular. Los delitos ecológicos, sobre todo los cometidos con frío y calculador dolo y propósito de enriquecimiento desmedido por las grandes corporaciones industriales, extractivas, energéticas y de transporte son habitualmente delitos de "cuello blanco" que entran dentro del amplio campo de los ilegalismos privilegiados (Acosta, 1988).

El poder del Estado se debilita frente a las empresas transnacionales y al mercado. La posibilidad concreta no solamente de imponer sanciones sino de inspeccionar y controlar se vuelven en muchos casos iluso-

rias. Los organismos reguladores carecen de autonomía real y de estructuras técnicas frente al poder de los monopolios.

El poder de los sindicatos sufre en esta etapa un fuerte retroceso y con él la posibilidad de órganos independientes de control en el se- no de las empresas y por ramas de producción. En muchos casos nuevos movimientos sociales ambientalistas, de vecinos, etc., toman un lugar fundamental en la organización de la población para enfrentar los graves problemas ambientales.

La reacción sindical no se hace esperar y el tema del ambiente aparece en la agenda de los congresos laborales internacionales y en la li- teratura teórica del sindicalismo. Esta preocupación, en general, no llega a la práctica sindical concreta en época de crisis del empleo, de reestructu- ración productiva y del aparato del Estado y de fuerte ofensiva antisindi- cal. Por el contrario, la cotidianeidad de la lucha laboral se torna fuerte- mente "defensiva" y "economicista".

V | La tercera oleada de regulación y la tercera generación de derechos

Con el debilitamiento de los controles estatales y sindicales la responsabilidad empresarial aparece en primer plano y el propio Estado se despoja de sus facultades de control y adopta un nuevo modelo basa- do en la auto regulación (por las propias empresas) y de controles *"ex post facto"* que ocupan el lugar de la detallada regulación de la etapa an- terior.

Dada la satanización del Estado y de lo público, en esta concepción son las propias empresas las que deberán cuidar del cumplimiento de la normativa sobre ambiente laboral y sobre protección ecológica. En compensación a este "desguace" del Estado se les otorgan a los trabajadores –en general como derecho individual, no colectivo– responsabilidades en el control. Pero las nuevas condiciones políticas y culturales –con la preeminencia de los criterios individualistas-consumistas y no solidarios– producen un agudo desequilibrio de fuerzas entre los actores de las relaciones de trabajo, lo cual hace aún más ilusorio este control aún en los países desarrollados (Tucher, 1999).

En realidad, esto es parte de un esquema ideológico que rechaza las "intromisiones del Estado" o de cualquier otro agente en el merca-

do, porque serían ataques a la libertad personal. Según esta concepción, nadie posee toda la información como para planificar y manejar adecuadamente la marcha de la sociedad, en tanto el conocimiento está diseminado y fragmentado, y será en el mercado donde esas piezas de información se integren. En atención a ello, niegan que el Estado o cualquier otra organización pueda planificar o encauzar la marcha de la sociedad, confiando entonces en un orden espontáneo que deriva de las relaciones en un mercado competitivo (Hayek, 1994).

Tanto para el Derecho de las condiciones y medio ambiente de trabajo como para el Derecho Ambiental (como conjuntos de normas jurídicas) se pretende –en esta tercera oleada de "regulación"– pasar a una simple "ética" de seguridad o "ética" ambiental (mediante normas no coercitivas).

En el caso de la gestión ambiental, tanto en el ambiente en general como en el medio ambiente de trabajo en particular, lo que busca la propuesta neoconservadora o neoliberal hegemónica es, por una parte la "externalización" de los riesgos y por la otra la privatización de los recursos naturales, en particular otorgando derechos de propiedad y patentes sobre variedades de plantas y animales, y transfiriendo la gestión ambiental a organismos por fuera del Estado y del control social dice Gudynas (1998) y nos trae el caso más extremo en nuestro continente que es la constitución del Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio) de Costa Ri- ca, bajo personería jurídica de asociación civil sin fines de lucro, pero a la que se le han cedido la potestades de la nación para la conservación y manejo de los recursos biológicos del país centroamericano.

El sesgo mercantil –nos dice Gudynas (2000)– avanza sobre todo en la cotidianidad. Allí se observa una avalancha de conceptos y términos mercantiles. Pero no menos relevante, es el hecho de cómo esos cambios están pasando inadvertidos o son tomados con toda naturalidad. Hasta se llega a generar un "marketing ecológico" para atender a los ambientalistas

Este sesgo mercantil se nutre de una serie de preceptos que en- carnan claramente la corriente neoliberal. Para ellos el mercado es el úni- co medio para la asignación más eficiente de los recursos. Allí se genera un orden espontáneo, donde la competencia es el mecanismo básico de acción entre los individuos. De hecho, según Hayek (1968), son los indivi- duos persiguiendo sus propios intereses y beneficios los que determinan la marcha de la sociedad.

Allí no hay lugar para la razón ni para una ética de solidaridad o altruismo. Hayek (1990) sostiene que: “La competencia no es otra cosa que un ininterrumpido proceso de descubrimiento, presente en toda evolución, que nos lleva a responder inconscientemente a nuevas situaciones. Es la renovada competencia, y no el consenso, lo que aumenta cada vez más nuestra eficacia”.

Esto explica varias de las posturas sostenidas en el campo de las políticas sociales. La fuente de los principios no está en el análisis ético sino en las relaciones de mercado: “En un verdadero sistema de libre empresa, los derechos de los individuos y su propiedad son sagrados y no pierden su valor debido a conceptos filosóficos, como el bien público, o el interés público o el bien común” (Block,1992). En el mismo sentido, el ambientalismo del libre mercado reniega de discusiones éticas tales como las que consideran si los animales y plantas pueden ser sujeto de derechos, y en cambio afirma que esta postura va de la mano con la que privilegia el individualismo frente a las acciones colectivas, que consecuentemente se debilitan. Los seres humanos no tienen fines últimos compartidos. La minimización de la política y el Estado se reflejan en la propuesta de Hayek de un orden distinto a la democracia, y que llama demarquía. Para Hayek no puede existir algo como una justicia social porque el orden emergente del mercado es espontáneo y está basado en indivi- duos que buscan su propio beneficio. (Gudynas, 2000)

De esta forma, la regulación se presenta como una “auto limitación” que se imponen las propias empresas que adoptan un “discurso” y un marketing ambiental: incluso es importante el mercado de los productos “no contaminantes” que basan su propaganda en que, por ejemplo, no contienen compuestos de flúor carbono que deterioran la capa de ozono, o automóviles supuestamente ecológicos porque contaminan un poco menos por tener un “convertidor catalítico”.

Aun cuando en muchas empresas encontramos la adopción de estándares regulatorios provenientes de las casas matrices, es común escuchar denuncias que algunas de estas firmas se radican en países latinoamericanos buscando evadir las regulaciones ambientales y los mecanismos de control de los países de origen. En materia de las normas de medio ambiente del trabajo la situación suele ser similar.

En muchos países de América Latina la situación se torna aún más crítica con el proceso de privatización de la seguridad social y con la adopción de esquemas de economía abierta que tratan de salir del es-

quema de industrialización sustitutiva por medio de modelos de desarrollo "exógeno" que, en muchos casos, privilegian las exportaciones con ventajas comparativas de "recursos" naturales, con el consecuente deterioro de los mismos y del medio ambiente (Universidad de Chile, 2000).

Las exigencias de la "competitividad" para participar de un comercio internacional cada vez más influenciado por el "dumping social" y el "dumping ambiental" y para atraer capitales hacen de las regulaciones ambientales y laborales –en el pensamiento de muchos de nuestros formadores de políticas– graves "obstáculos al desarrollo".

Pero es precisamente en los graves problemas que generan esas prácticas, como lo son la creciente polarización social e internacional y el evidente deterioro de los ecosistemas globales que surge una conciencia crítica que sustenta nuevos esquemas de regulación.

Estamos frente a tres aspectos positivos que puede traernos el actual proceso de mundialización:

El surgimiento de un modelo de acción humana que armoniza los aspectos éticos, económicos y ambientales centrándose en una vocación de solidaridad comunitaria y de control de las actividades transnacionales.

El creciente papel del Derecho Internacional y la ampliación de los derechos de tercera generación.

La aparición de las cláusulas sociales y ambientales en los procesos de integración y en la regulación del comercio internacional.

La aparición en la doctrina y normas internacionales de la OIT de la idea de trabajo decente, que preferimos denominar trabajo digno.

Los derechos de tercera generación exigen una acción de la co- munidad internacional, ya que no puede haber desarrollo humano, ni pro- tección del medio ambiente, ni justicia social, ni paz, ni reconocimiento del "patrimonio común de la humanidad", ni consiguientemente vigencia efec- tiva de esos derechos sin una acción internacional, que viene manifestán- dose en instrumentos como la Declaración de Estocolmo (Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio humano de 1972), la Declaración de Río (Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992), el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre la materia, el Convenio de Basilea de 1989 sobre control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, la Declaración de la OIT sobre las normas fundamentales de trabajo, así como las normas contenidas en los tratados de integración, de libre co-

mercio y los tratados bilaterales y, con mucha fuerza por las polémicas que ha significado, el recientemente en vigor Protocolo de Kyoto.

En todos nuestros países son crecientes los intentos de aplicación de esta normativa internacional, así como la toma de conciencia paulatina de sectores sociales críticos cada vez más importantes que asumen lo que Guattari (1989) llamaba “luchas del deseo” y exigen el cumplimiento de las normas y la adopción de políticas ambientales y sociales contrapuestas a los esquemas ideológicos hegemónicos (Anderson y Leal 1991) y a la concentración del poder financiero, tecnológico y político (Chon- chol 2000).

Por ello es fundamental un cambio en la estructura y acción de los actores colectivos: por una parte la necesidad de una agenda ambien- tal en los sindicatos y de una agenda social en las organizaciones ambien- talistas, lo cual determinará cambios cualitativos, no solamente en los pro- gramas y luchas, sino en su “militancia”, en su organización y sus relaciones con el Estado y la sociedad.

Es menester también que los actores sociales asuman –más allá de sus esquemas reinvindicativos tradicionales como un mecanismo de re- fundación y reasignación de sentido a sus luchas y a su propia existencia colectiva– la búsqueda de una ciudadanía de quienes trabajan en las diver- sas condiciones y modalidades en la nueva y en la vieja economía y en las cambiantes modalidades de las relaciones laborales de América Latina.

Finalmente, *last but not least*, parece fundamental, sobre todo en América Latina, la reformulación del papel del Estado. Las contradicciones de nuestro desarrollo histórico dieron lugar en la mayoría de nuestros países a una fuerte debilidad institucional, debilidad que se acentúa como consecuencia del proceso de mundialización.

En la última parte del siglo pasado hemos presenciado un proceso de “retiro del Estado”, de desmantelamiento jurídico, ideológico y organizativo: una gigantesca operación mediática de deización y sublimación del mercado y satanización de lo publico, de lo colectivo y, en especial, del Estado.

La base de una política nacional coherente en materia ambiental y laboral exige asignarles a los actores colectivos, en especial a las organizaciones de los empleadores y trabajadores y a los nuevos movimientos sociales, un papel primordial en el diseño, en la elección de las priorida- des, en la ejecución y evaluación de esa política. El Estado debe abando- nar su práctica de legislar discursivamente y querer

controlar todas las ac-

tividades más allá de sus posibilidades y, por el contrario, asumir decididamente su rol regulador, promotor y orientador y sobre todo, coordinador de los esfuerzos públicos y privados, descentralizados y por ramas de actividad, tendentes a la autorregulación por parte de los propios actores sociales en ejercicio de la autonomía colectiva.

En Venezuela, un paso muy importante en el sentido de la adopción de un esquema normativo plural, acorde con las posibilidades y necesidades del siglo XXI es el papel jurídicamente relevante que le otorga la Constitución a la normativa internacional de los derechos humanos (Art. 23), entre la cual encontramos la relacionada con los derechos relativos al ambiente en general y en especial al laboral.

Esta es la base del desarrollo de un Derecho Ambiental Laboral capaz de contribuir al respeto por el equilibrio ecológico y humano, a la reconciliación entre naturaleza y desarrollo, al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y a la conformación de un modelo democrá- tico de relaciones de trabajo y de gestión de la producción que lleve a los trabajadores a convertirse en verdaderos ciudadanos de la empresa que contribuyan en forma protagónica a los cambios profundos que requieren nuestras economías para salir del esquema rentista depredador de la na- turaleza y para pasar a un modelo y prácticas productivas que respeten el ambiente y desarrollen las potencialidades materiales y humanas.

Estas metas requieren un Derecho y una ética laboral y ambien- tal que restituya el papel del Estado, a la par de otorgarle un protagonis- mo fundamental a los actores sociales. Un Estado que asuma un papel re- gulador y promotor pero que deberá someterse a la contraloría social por parte de las organizaciones ambientalistas, sindicales, indígenas, locales y regionales, interesadas en una vida mejor para sí y para las futuras gene- raciones. El ejercicio de esta participación y de este control permitirá a sectores que en muchos de nuestros países han sido secularmente margi- nados del poder se organicen estableciendo una verdadera red de inter- acciones que fortalezcan el tejido social.

Estas normas jurídicas y éticas deben significar reglas claras que permitan establecer sanciones eficaces a los transgresores (no solamente jurídicas sino también morales, controles sociales efectivos) y premios e incentivos adecuados a quienes cumplen con las normas que muchas ve- ces han estado signadas por su carácter discursivo y un alto grado de in- cumplimiento, dentro de la categoría de las Leyes aéreas contra las

cuales nos alertaba el Libertador.

Bibliografía

- F. Acosta (1988). *A propos des illégalismes privilégies,* en Criminologie, XX. I:7-13. Ottawa.
- T. L. Anderson Y D. R. Leal (1991). *Free market environmentalism.* Pacific Research Institute for Public Policy y Westview Press. Boulder.
- H. Assmann Y F. A. A. Hinkelammert (1989). *A idolatría do mercado,* en:Vozes. Petrópolis-Brasil.
- J. Baden Y R.L. Stroup (1992). *Escassez de recursos naturais, empresariado e a política econômica da esperanca,* en Economía e meio ambiente: a reconciliacao, Instituto Estudos Empresariais y Ortiz. Pp. 159-188. Porto Alegre - Brasil.
- W. J. Baumol Y W. E. Oates (1988). *The theory of environmental policy.* Cambridge University Press. Cambridge (UK).
- W. E. Block (1992). *Problemas ambientáis, soluçoes de direitos sobre a propiedade privada*, en Economía e meio ambiente: a reconciliacao. Instituto Estudos Empresariais y Ortiz, Pp. 221-277. Porto Alegre-Brasil.
- Comisión Económica Para América Latina. (1991). *El desarrollo sustentable: transformación productiva, equidad y medio ambiente*. CEPAL. Santiago de Chile.
- J. L. Coraggio (1993). *Desarrollo humano, economía popular y educación,* en Papeles de CEPAL. Santiago. Pp. 5-109.
- A. Cortina (1992). *Ética sin moral.* Segunda Edición. Technos - Madrid.
- N. C. (1994). *Política y cultura a finales del siglo XX.* Ariel. Barcelona.
- J. Chonchol (2000). *¿Hacia dónde nos lleva la globalización?* ARCIS-LOM. Santiago.
- H. Daly y J.B. Cobb (1994). *For the Common Good. Redirecting the Economy towards Community, the Environment and Sustainable Future*. Boston. Beacon Press.
- G. De Sierra (1994). *Los pequeños países de América Latina en la hora neoliberal*. Nueva Sociedad. Caracas - Venezuela.
- F. Dougnac (1998). "Análisis del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a través de algunas sentencias de protección de la Exma. Corte Suprema de Justicia". Documento en soporte electrónico proporcionado por el autor. Santiago de Chile.
- ______ (2000). "El papel del juez en la evolución del Derecho Ambienta"l. Documento en soporte electrónico proporcionado por el autor. Santiago de Chile.
- _______ (2000). "Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental". Documento en soporte electrónico proporcionado por el autor. Santiago de Chile.
- G. Evia (1995). *Crítica de la cotidianidad de mercado: análisis psico-social de "La fatal arrogancia" de F. Von Hayek*, en Multiversidad. Pp. 4: 5-32. Montevideo.
- A. Ferrer. (1996). *Historia de la Globalización I*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.
- _____ (1999). *Historia de la Globalización II*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

- A. Foxley (1988). *Experimentos neoliberales en América Latina*. Fondo Cultura Económica. México.
- N. García Canclini (1995). *Consumidores y ciudadanos*i.jaGlbro, México.
- D. R. García Delgado (1994). *Estado y sociedad.* FLACSO y Norma. Buenos Aires.
- P. A. A. Gentilli (1994). *Poder económico, ideología y educación*. FLACSO y Miño y Dávila. Buenos Aires.
- N. Gligo (1990) *Los factores críticos de la sustentabilidad ambiental del desarrollo agrícola,* en Revista Comercio Exterior. Vol.40. #12. Pp. 1135 a 1142, México DF.
- _____ (1997). *Instituciones Públicas y Políticas Ambientales explícitas e implícitas*. CEPAL. Santiago de Chile.
- N. Gligo Y J. Morello (1980). *Notas sobre la historia ecológica de América Latina,* en SunkeL, O. y Gligo, N. *Estilos de desarrollo y medio ambiente en América Latina*. Op. cit.
- O. Godoy Arcaya (1993). *Hayek: libertad y naturaleza,* en Estudios Públicos, 50: Pp 23-43 San- tiago.
- J. Gray (1992). *La libertad, los derechos y la justicia en Hayek,* en Estudios Públicos, 46: Pp 7-23 Santiago.
- F. Guattari (1989). *Cartografías del deseo*. Francisco Zegers. Santiago de Chile.
- Gudynas, E. (1995). *Ecología, mercado y desarrollo*. Vintén Editor. Montevideo.
- _____ (1998). “Globalización, Políticas Sociales y Medio Ambiente”, en *TRaerveisatsa. Centro Estudios Latinoamericanos* CELA. 98: 23-44 Panamá.
- R. Guimaraes (1994) (a). *The Ecopolitics of development in the Third World: Politics and Environment.* Lynne Rienner Publishers. Londres.
- ______ (1994) (b). “El desarrollo sustentable: ¿Propuesta alternativa o retórica neoliberal?”, en revista *Eure*. vol XX, #61:Pp 41-56. Santiago de Chile
- ______(1997).“Modernidad, medio ambiente y ética: un nuevo paradigma de desarrollo”. Conferencia Internacional Amazonía 21: Una agenda para el desarrollo sustentable Brasilia, noviembre.
- _______(1998). “Aterrizando el cometa: indicadores ambientales para Latinoamérica y el Caribe” en *Revista Interamericana de Planificación*. #119 y 120. Cuenca – Ecuador.
- J. Habermas (1975). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*r. oArmtuo.rBuenos Ai- res.
- F. A. Hayek (1993). “La competencia como proceso de descubrimiento”, en *Estudios Públicos*. 50: Pp. 5-17.Santiago.
- _____ (1976). Camino de servidumbre. Alianza, Madrid.
- _____ (1990). *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. Unión Editorial, Santiago de Chile.
- F. J. Hinkelammert (1991). *La crisis del socialismo y el Tercer Mundo,* en Páginas, 109: Pp. 60-72. Lima.

- M. Hopenhayn (1994) *Ni apocalípticos ni integrados*. Fondo Cultura Económica. Santiago de Chile.
- IDRC (s/f) *The Resource Clock*. (folleto) Ottawa. Canadá.
- F. Iturraspe (1998). "Ciudadanía productiva, responsabilidad empresarial, ambiente y condiciones de trabajo", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. #109, Pp. 401-412. Caracas.
- _____ (1999) (ED). *Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo.* UCV. Caracas.
- J. Keane (1992). *La vida pública y el capitalismo tardío*. Alianza. México.
- E. Lander (1995). "El dogma del progreso universal", en *Lander, El límite de la civilización industrial*, op. cit.
- _____ (1995) (ED). *El límite de la civilización industrial*. Nueva Sociedad. Caracas.
- N. Lechner. (1992). *El debate sobre Estado y mercado*. Nueva Sociedad. 121: Pp. 80-89.
- A. Luzardo (1998). *El Ambiente en la Agenda Venezuela,* en Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura.Vol. IV, #2, julio, diciembre.
- C. B. Mac Pherson (1970). *La teoría política del individualismo posesivo.* Fontanella, Barcelona.
- R. Martin Mateo (1977). Derecho Ambiental. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid
- F. Mieres (1995). "La revolución ecológica de nuestro tiempo", en *Lander (ED.) El límite de la civilización industrial*. Nueva Sociedad. Caracas.
- C. Offe (1990). *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Alianza-Madrid.
- J. O'Neill (1993). *Ecology, policy and politics*. Routledge. Londres.
- PNUMA. (2000). "GEO América Latina y el Caribe, perspectivas del medio ambiente. Observatorio del Desarrollo", Universidad de Costa Rica. San José.
- K. Polanyi (1992). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Primera ED. 1944. Fondo Cultura Económica. México.
- E. Prieto Silva (1998). *Introducción al estudio del Derecho Ecológico*. Publicidad Gráfica León. Caracas.
- H. Qualter (1994). *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Paidós. Barcelona.
- R. Quiroga y S.Van Hauwermeiren (1966). *Globalización e insustentabilidad: Una mirada desde la economía ecológica*. Instituto de Ecología Política. Santiago de Chile.
- M. Sagoff (1988). *The economy of the earth Philosophy, law and the environment*. Cambridge University Press. Cambridge.
- D. F. Sarmiento (1845). *Facundo: Civilización o Barbarie.* El Progreso. Santiago.
- J. Sciandro (1999). *Legislación sobre medio ambiente en el Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.
- A. Sen (1989). *Sobre ética y economía*M. Aalidarnidza. .
- Smith 1759 (1988). "Teoría de los sentimientos morales (secciones)", en *De economía y moral*. Libro Libre. San José de Costa Rica.

- _____ 1776 (1990) *Investigaciones sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo Cultura Económica. México.
- K. Stahl (1994). *Política social en América Latina. La privatización de la crisis.* Nueva Sociedad. 131: 48-71.
- A. Steer (1996). "Ten Principles of the New Environmentalism", en *Finances and Development*, IMF-IBRD.
- O. Sunkel Y N. Gligo (1980). *Estilos de desarrollo y medio ambiente en América Latina.* FCE. Mé- xico.
- V.Thomas Y T. Belt (1997). "Growth and the Environment allies or foes", in *Finances and Deve- lopment.* IMF and IBRD. Washington DC. June.
- J. R. Tinoco (1988). *Consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, ED. Jurídica Alba. Caracas.
- A.Touraine (1995). *¿Qué es la democracia?* Fondo Cultura Económica. Buenos Aires.
- E. Tucker (1999). *La tercera ola de regulación en higiene y seguridad,* en Iturraspe, F. (ED) Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo, op. cit.
- Universidad de Chile (2000). *Estado del medio ambiente en Chile 1999*. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Santiago de Chile.
- D. Uribe Vargas (1983). *La tercera generación de derechos humanos y la Paz*. Plaza y Janés. Ma- drid.
- M. Weber 1922 (1987). *Economía y sociedad*. Fondo Cultura Económica. México.
- J. Zepeda (1999). "La política ambiental de Procter and Gamble", en revista *Compendium*. año 2 #3. UCOLA. Noviembre, Barquisimeto.

Derecho Internacional Público

El concepto de "minoría religiosa" en el ordenamiento jurídico español

Carlos Jiménez Piernas | Bjöm Arp

I | El reconocimiento de la libertad religiosa en España

La trayectoria del constitucionalismo español, que propiamente arrancó con la Constitución de Cádiz de 1812, se caracteriza por una sucesión de tres breves fases aperturistas, alternadas con otras fases más largas de cierre frente a la cuestión de la libertad religiosa. Una primera y tímida apertura hacia la libertad religiosa se produjo con la Constitución de 1869, pero pronto fue reprimida con los cambios constitucionales de los años setenta del mismo siglo. Sesenta años más tarde, la Constitución republicana de 1931 llegó a proclamar la aconfesionalidad del Estado español[1], al tiempo de garantizar la libertad religiosa[2]. De este extremo laico se pasó con la Guerra Civil a una nueva fase de confesionalidad católica e intolerancia frente a cualquier otra fe. Sólo muy a finales de la dictadura franquista, e impulsado por el Concilio Vaticano II, dicho régimen comenzó a dar tímidas señales de apertura con la Ley de Libertad Religiosa de 1967[3]. La definitiva consolidación de la tolerancia en esta materia se pro- dujo con la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, cuyo art.

---

[1] Art. 3 de la Constitución española de 1931.

[2] Art. 27.1 de la Constitución española de 1931.

[3] Ley 44/1967, del 28.06.1967, sobre la Libertad Religiosa, *BOE* núm. 156, del 01.07.1967, p. 9191.

16 proclama la libertad ideológica y religiosa (1° apartado) y el derecho de no ser obligado a declarar sobre la propia religión (2° apartado). Ade- más, se regula la relación entre el Estado y las confesiones religiosas. Si bien no debe haber ninguna "Iglesia estatal", se prevé el mantenimiento de relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesio- nes de acuerdo con la situación sociológica de estos grupos religiosos en España (3° apartado). Este régimen jurídico constitucional fue desarrolla- do un año y medio más tarde por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR)[4].

Esta libertad religiosa consagrada en los textos fundamentales del ordenamiento jurídico español afecta a todas las personas que se encuentran en España. Es más, no sólo se pueden beneficiar de ella directamente los individuos sino también los grupos o comunidades[5]. En ambos casos, esta libertad no se restringe al mero ámbito interno, lo cual implicaría sólo la posibilidad de creer en una fe determinada. También abarca la dimensión externa de esta libertad, que se manifiesta en la posibilidad de exteriorizar las creencias religiosas conforme con la idea de *agere licere*[6], sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley[7]. De ahí que se haya afirmado que la Constitución es "neutral" ante el fenómeno religioso[8], y que mantiene una postura de aconfesionalidad o laicidad positiva que "veda

---

[4] Ley Orgánica 7/1980, del 5 de julio, sobre la Libertad Religiosa, *BOE* núm. 177, del 24.07.1980.

[5] STC 64/1988, del 12 abril, *RTC* 1988\64, § 1.

[6] Según el Tribunal Constitucional,"con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito, ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos", ver STC 120/1990, del 27 junio, *RTC* 1990\120, § 10.Ver también STC 166/1996, del 28 octubre, *RTC* 1996\166, § 2.

[7] Por este motivo, no se aceptó la solicitud de inscripción en el Registro presentada por la Igle- sia de la Unificación, que sigue la fe moonista. Se explicó que esta confesión no persigue fi- nes religiosos y que provocaba una ruptura del orden público; cfr. STC 46/2001, del 15 febrero, *RTC* 2001\46, § 11.

[8] Art. 16.3 de la Constitución española. La jurisprudencia constitucional ha confirmado este valor de la «declaración de neutralidad»; ver en particular STC 24\1982, del 13 de mayo, *RTC* 1982\23, § 1; STC 340/1993, del 16 noviembre, *RTC* 1993\340, § 4; y STC 177/1996, del 11 de noviembre, *RTC* 1996\177, § 9.

cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales"[9]. Esta esfera de libre actuación se complementa, en su dimensión negativa, por la determinación constitucional de que "[n]adie podrá ser obligado a declarar sobre su religión"[10].

Este *agere licere* que subyace a la libertad religiosa se encuentra condicionado, e incluso limitado, por otro principio constitucional, el de la igualdad[11]. Por tanto, no cabe ninguna discriminación o trato jurídico diferenciado de los ciudadanos en función de sus creencias religiosas, siendo el goce de esa libertad igual para todos[12]. Con el objetivo de garantizar el disfrute de esta libertad en condiciones de igualdad, la LOLR creó un Registro público para los meros efectos de publicidad y concesión de personalidad jurídica a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas[13].

II | El Estatuto Jurídico de las confesiones religiosas

La LOLR ha creado un sistema jurídico especial para atribuir personalidad jurídica a las confesiones religiosas, distinguiendo para ello entre diversos estatutos jurídicos.

En primer lugar hay que poner de relieve la existencia de un es- tatuto jurídico especial a favor de la Iglesia Católica en tanto que ésta es la única confesión reconocida expresamente por la Constitución y su le- gislación de desarrollo. Su consagración jurídica se produjo mediante la fir- ma en 1979 de sendos tratados internacionales entre el Estado y la Igle- sia Católica, en que se regulan –desde una perspectiva *inter pares* propia de los convenios internacionales– diversos aspectos de las relaciones en-

9 STC 24/1982, del 13 de mayo, *RTC* 1982\24, § 1; confirmada por la STC 177/1996, del 11 noviembre, *RTC* 1996\177, § 9; y la STC 128/2001, del 4 de junio, *RTC* 2001\128, § 2; entre otras.

10 Art. 16.2 de la Constitución española. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante y estricta este principio; ver las Sentencias del TC 46/2001, del 15 febrero, *RTC* 2001\46, § 4; y STC 24/1982, del 13 de mayo, *RTC* 1982\24, § 1.

11 El principio de igualdad se encuentra recogido en el art. 9.2 y en el art. 14 de la Constitución española.

12 STC 24/1982, del 13 de mayo, *RTC* 1982\24, § 1.

13 Art. 5.1 de la LOLR. La gestión de este Registro está a cargo del Ministerio de Justicia y su

tre el Estado y la Santa Sede, así como la asistencia religiosa a la población española[14].

En segundo lugar están las "demás confesiones", que tengan un "notorio arraigo" en España y con las que el Estado mantendrá relaciones especiales, reflejadas en los respectivos acuerdos de cooperación. Estos acuerdos serán objeto de especial atención en el siguiente epígrafe[15].

En tercer lugar hay que referirse a aquellas confesiones que meramente han logrado la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, pero que a falta del "notorio arraigo" no han firmado ningún acuerdo de cooperación con el Estado. En palabras del Tribunal Constitucional español, puede indicarse que "el Registro implica, ante todo, el reconocimiento de su personalidad jurídica como tal grupo religioso, es decir, la identificación y admisión en el ordenamiento jurídico de una agrupación de personas que pretende ejercitar, con inmunidad de coacción, su derecho fundamental al ejercicio de la libertad religiosa". En una vertiente externa, el Registro facilita y protege las concretas manifestaciones que realicen los miembros del grupo o comunidad inscrita[16]. De esta forma, el Registro se presenta como el instrumento más idóneo para garantizar la "libertad re- ligiosa" proclamada en el art. 16.1 de la Constitución.

Un cuarto grupo está constituido por todas aquellas confesiones que no desean inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas, y que prefieren constar meramente en el Registro de Asociaciones. Dado que el primer registro sólo tiene efectos declarativos y no constitutivos, no hay ningún obstáculo a que en España una confesión funcione exclusivamen- te con base al régimen del Derecho civil, viendo protegido también en es- te caso sus derechos religiosos dimanantes del art. 16 de la Constitu-

regulación se encuentra en el Real Decreto nº 142/1981, del 9 de enero, sobre la organización y el funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas ; la Resolución del 11 de marzo de 1982, de la Dirección General de Asuntos Religiosos, sobre la inscripción de las Entidades Religiosas en el Registro de Entidades Religiosas, y la Orden Ministerial del 11 de mayo de 1984, del Ministerio de Justicia, sobre la publicidad del Registro del Registro de Entidades Religiosas ; ver http://www.mju.es/asuntos_religiosos/menu_reg.html (17.12.2004).

[14] Acuerdos del 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre las cuestiones jurídicas, económicas, de enseñanza y de asuntos culturales, la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de los eclesiásticos y religiosos, ratificados mediante Instrumento del 04.12.1979, *BOE* núm. 300, del 15.12.1979, p. 28784.

ción[17]. No obstante, el deseo del legislador es someter las asociaciones religiosas al régimen de la LOLR al hacer aplicable la LO de Asociaciones únicamente como “ley supletoria” para las iglesias, confesiones y comunidades religiosas[18].

No sería admisible, empero, la confesión religiosa que por la ilicitud de sus fines no lograra ni siquiera la inscripción en el Registro de Asociaciones. En este caso, la confesión religiosa podría ser perseguida hasta por la vía penal. Esta suerte es la que han seguido muchas sectas cuyos fines, en lugar de ser “religiosos”, son en realidad ilícitos[19].

III | La cooperación especial del Estado con algunas confesiones religiosas

El marco jurídico de la cooperación especial

La Constitución española establece que los poderes públicos preservarán el delicado equilibrio entre los principios de la libertad y de la igualdad entre los ciudadanos[20]. Esta concepción responde a la idea de que el Estado no sólo tiene la obligación negativa de no intervenir en la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva, desde una perspectiva asistencial o prestacional, de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valo- res que representan[21]. Como especial expresión de la actitud positiva del Estado frente al fenómeno religioso, la Constitución española advierte so- bre el fenómeno religioso perceptible en la sociedad española y ordena a

---

[15] *Vid. infra*, § III-1.

[16] STC 46/2001, del 15 de febrero, *RTC* 2001\46, § 7.

[17] STC 46/2001, del 15 de febrero, *RTC* 2001\46, § 5.

[18] Art. 1.3.2 de la Ley Orgánica 1/2002, del 22.03.2002, reguladora del derecho de asociación, *BOE* núm. 73, del 26.03.2002.

[19] Para otras alternativas de clasificación de los grupos religiosos puede verse PRIETO SANCHÍS, Luis, “Las minorías religiosas”, en PRIETO SANCHÍS, Luis, *et al.*, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1994, 1-15, p. 7.

[20] Art. 9.2 de la Constitución española.

[21] STC 128/2001, del 4 de junio, *RTC* 2001\128, § 2; STC 53/1985, del 11 de abril, *RTC* 1985\53, § 4.

los poderes públicos mantener “relaciones de cooperación con la Iglesia Católica *y las demás confesiones*” (el énfasis es nuestro). A esto se añade que, específicamente en el contexto del derecho a la enseñanza, la Constitución indica que “[l]os poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”[22].

La consagración jurídica de las relaciones especiales con la Iglesia Católica se logró poco después de la adopción de la Constitución, a través de los Acuerdos entre España y la Santa Sede del año 1979[23]. La LOLR asumió en 1980 esta práctica concordatoria y la incorporó en el marco jurídico general para la colaboración con aquellas confesiones religiosas que representaran las creencias de la sociedad española, incluida naturalmente la católica. A estos efectos, interpretó el precepto constitucional de tal manera que fueran titulares de dicha protección las iglesias, confesiones o comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España[24]. Por tanto, estos acuerdos sirvieron para sentar una protección especial a favor de las confesiones afectadas, en comparación con el resto de Iglesias. Concretamente, lo hizo mediante sendos acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE)[25], la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI)[26]

---

[22] Art. 27.3 de la Constitución española.

[23] Con estos acuerdos se prosigue una larga tradición de vínculos jurídicos entre los dos suje- tos internacionales, materializados en sendos Concordatos, firmados en los años 1851 y 1953; ver Concordato con la Santa Sede del 27.08.1953, ratificado por Instrumento del 26.10.1953, *BOE* núm. 292, del 19.10.1953 y núm. 323, del 19.11.1953. Después de la muer- te del general Franco, se modificó el Concordato mediante el Acuerdo entre el Estado Espa- ñol y la Santa Sede del 28.07.1976 con el objetivo de reconocer la plena libertad religiosa.

[24] Art. 7.1 LOLR.

[25] Ley 24/1992, del 10 noviembre, Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Federación de las Entidades Religiosas Protestantes de España, *BOE* núm. 272, del 12 de noviembre de 1992, p. 38209 = *RCL* 1992\2419. No obstante, las negociaciones sobre este acuerdo tuvieron lugar desde el año 1982; cfr. *Confesiones minoritarias en España. Guía de entidades y vademecum normativo*, Ministerio de Justicia, Madrid 2004, p. 28.

[26] Ley 25/1992, del 10 noviembre, Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Federación de Comunidades Israelitas de España, *BOE* núm. 272, del 12 de noviembre de 1992, p. 38211 = *RCL* 1992\2420.

y la Comisión Islámica de España (CIE)[27], extendiendo así la tradición de establecer acuerdos con la Iglesia Católica por primera vez a otras confesiones.

Estos acuerdos han creando un marco jurídico beneficioso para ellas, con el fin de garantizar la pervivencia y continuidad de las tres confesiones religiosas con mayor arraigo histórico en España. Uno de los objetivos principales de estos acuerdos es exonerar a las confesiones religiosas de ciertas cargas fiscales, creando para ellas un régimen fiscal privilegiado, que va más allá del régimen de las demás confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas[28]. A esto se añade la regulación de la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas en materias tales como la educación, el servicio religioso y los efectos del matrimonio religioso[29]. Pero el compromiso del Estado con estas confesiones va más allá de esta colaboración. El Gobierno estableció en enero de 2005 la Fundación *Pluralismo y Convivencia*, con una dotación inicial de tres millones de euros, con el objetivo de contribuir a la ejecución de programas y proyectos de carácter cultural, educativo y de integración social que presenten las confesiones no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado o con notorio arraigo en España[30].

---

[27] Ley 26/1992, del 10 noviembre, Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España, *BOE* núm. 272, del 12 noviembre 1992, p. 38214 = *RCL* 1992\2421.

[28] Del art. 7.2 LOLR podría haberse inferido que sólo las confesiones con un acuerdo de cooperación se beneficiarían del régimen de las asociaciones sin ánimo de lucro. Pero la legislación fiscal más reciente establece ciertas bonificaciones para las confesiones que sólo se encuentran inscritas en el Registro. Pueden compararse a este efecto los diferentes regímenes en las disposiciones fiscales para la Iglesia Católica y las demás confesiones con Acuerdo, y aquellas confesiones que tengan únicamente un certificado del Registro de Entidades Reli- giosas, en las Disposiciones Adicionales 8 y 9 de la Ley 49/2002, del 23.12.2002, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales para el mecenazgo, *BOE* núm. 307, del 24.12.2002.

[29] Sobre los diferentes regímenes de matrimonio en el Derecho cristiano, judío y musulmán, puede verse García Rodríguez, Isabel, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid 1999, pp. 39-74.

[30] *Confr.* la Nota de Prensa del Ministerio de Justicia de enero de 2005 titulada "Se ha constituido la Fundación Estatal: *Pluralismo y Convivencia* para las minorías religiosas", disponible en http://www.ferede.org/general.php?pag=vernoticia&cod=36 (22.03.2005).

Cabe concluir que determinadas confesiones minoritarias, caracterizadas por su "notorio arraigo" en España, merecen una protección especial, más allá de la mera garantía de su libertad religiosa de la que disfrutan todas las confesiones inscritas en el Registro público correspondiente.

Interpretación del concepto jurídico indeterminado de "notorio arraigo"

La expresión "notorio arraigo", que exige el art. 7 de la LOLR a las confesiones religiosas que desean concluir acuerdos con el Estado, está inspirada en la tradición jurídica alemana[31], en la que el art. 137 de la Constitución de Weimar de 1919 y el art. 140 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 emplean conceptos muy similares[32]. Pero mientras que en Alemania no parece que existieron mayores dudas acerca de las religio- nes con este "notorio arraigo", en España esta cuestión no ha estado exenta de debate[33]. Parece entonces paradójico que durante los trabajos parlamentarios la interpretación del concepto de "notorio arraigo" no preocupó mucho a los redactores de la ley, mientras sí lo hacía la men-

[31] Ver la intervención del Sr. Alzaga-Villamil, durante su aplicación de voto referido a la adopción del art. 7.1 de la LOLR; cfr. *La Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Trabajos Parlamentarios*, Serv. Publ. de las Cortes Generales, Madrid 1981, p. 86.

[32] El art. 137 de la Constitución de Weimar del 11.08.1919 distinguía entre las asociaciones religiosas constituidas conforme con el Derecho civil, de las constituidas como personas de Derecho público. Para beneficiarse del estatuto de persona de Derecho público se requerían ciertas garantías de permanencia, que se controlaban gracias a los Estatutos y el número de fieles. Para el texto de la Constitución de Weimar, ver http://www.dhm.de/lemo/html/do- kumente/verfassung/index.html (19.01.2005). El art. 140 de la Ley Fundamental de Bonn del 23.05.1949, *BGBl*. 1949, 1, incorpora por remisión el texto original del art. 137 de la Consti- tución de Weimar; para el texto de esta Constitución, ver http://bundesrecht.juris.de/bundes- recht/gg/index.html (19.01.2005).

[33] Las referencias doctrinales sobre esta cuestión son amplias.Ver sobre todo Fernández Coronado, A., "Los Acuerdos del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) y la Federación de Comunidades Israelitas (FCI). (Consideraciones sobre los textos definitivos)", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VII (1991), 541-577, en particular pp. 544-545; Leguina Villa, J., "Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: Control administrativo y notorio arraigo", *Revista Española de Derecho Administrativo*,

ción expresa de la Iglesia Católica. Es más, la Comisión parlamentaria correspondiente no consultó en sus sesiones de trabajo a los representan- tes de las diferentes confesiones religiosas con este "arraigo" en España. En definitiva, el debate parecía girar en torno a la posición de las distintas fuerzas políticas a favor o no de la especial consideración de la Iglesia Ca- tólica, pero no en torno al estatuto de las otras confesiones religiosas mi- noritarias.

Este reducido interés por las confesiones minoritarias se ve reflejado también en la aplicación del art. 7 de la LOLR. Por diversas razones las confesiones religiosas aludidas en este precepto esperaron en vano durante doce años a sus acuerdos de cooperación. Sin embargo, ya en 1983 la Comisión Asesora de Libertad Religiosa había establecido unos criterios para la interpretación del "notorio arraigo". Ante el carácter novedoso de este concepto en Derecho español y su carácter al mismo tiempo ambiguo, ha de interpretarse a la luz de cada caso. Además, su valoración debe hacerse teniendo en cuenta el pasado represor sufrido en España en materia religiosa. Así, habría que atender al número de creyen- tes, a su presencia histórica, su integración o conexión con religiones de profunda implantación en otros países, su grado de organización y la im- portancia de sus actividades sociales[34].También durante los debates parla- mentarios previos a la adopción de los tres acuerdos con las confesiones

vol. 44 (1984), 683-692, en particular pp. 688-692; Mantecón Sancho, J., *Los acuerdos del Estado con las confesiones acatólicas*, Universidad de Jaén, Jaén 1995, pp. 17-21; Souto Paz, J. A., "Gli Accordi dello stato spagnolo con le minoranze confessionali tradizionali", *Il Diritto Ecclesiastico*, nº 3 (1993), 532-547, pp. 533-535; y Villa Robledo, M. J., "Reflexiones en torno al con- cepto de 'notorio arraigo' en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I (1985), 143-185, en particular pp. 177-183.

[34] El documento está reproducido en Motilla, Agustín, "Reconocimiento administrativo del notorio arraigo y de la capacidad de pactar acuerdos de cooperación a la confesión Testigos Cristianos de Jehová", en Reyna, Victor y Felix Ballesta, María Angeles (coords.), *Acuerdos del Estado Español con Confesiones religiosas minoritarias*, Marcial Pons, Madrid 1996, 545-577, p. 558. Ver también el trabajo de uno de los miembros de esta Comisión, Giménez y Martínez de Carvajal, José, "Las Minorías Religiosas en España: Acuerdos de Cooperación como Marco Jurídico", en García Rodríguez, Isabel (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Serv. Publ. Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares 2001, 257-280, sobre todo pp. 266-267.

minoritarias se puso especialmente de relieve las raíces históricas que éstas tenían en el pasado de España[35].

De ahí resulta que el respaldo explícito del Estado, que por medio del apoyo económico brindado a las correspondientes confesiones religiosas va más allá de la mera garantía del *agere licere*, tiene por objetivo no sólo la contemplación tolerante de unas prácticas religiosas, sino la preservación consciente y decidida de una parte de la identidad histórica y colectiva de España. Con ello, se reconoce claramente que en la propia construcción del Estado no sólo ha participado la Iglesia Católica, sino también otras confesiones religiosas a las que no se puede dejar excluidas de este régimen de convivencia[36]. Este trato diferenciado no es discriminatorio, porque se basa en unos criterios objetivos y razonables[37]. Al mismo tiempo, es preciso indicar que estas tres confesiones no constituyen un catálogo cerrado, sino que con el tiempo también otras confesiones religiosas pueden lograr ser reconocidas como de notorio arraigo, cuya atribución corresponde a la Comisión Asesora de Libertad Religiosa[38].

[35] *Vid*. los debates parlamentarios, en particular, *BOC*, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, del 17 de septiembre de 1992, nº 210, 10274-10280, pp. 10274-10275; así como *BOC*, *Diario de Sesiones del Senado. Pleno*, del 14 de octubre de 1992, nº 132, pp. 7090-7092, p. 7091.

[36] *Vid*. sobre ello Fenet, Alain, *Le Droit et les Minorités*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles 2000[2], p. 420.

[37] De este modo, la jurisprudencia tampoco ha visto ninguna discriminación en la existencia de confesiones con y sin acuerdo de cooperación; ver *v. gr*. la Orden del TC 480/1989, del 02.10.1989, *RTC* 1989\480, § 2; la Resolución del Tribunal Central Económico Administrativo del 02.12.1992, *JT* 1992\731, considerando nº 2; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 136/2003, del 07.02.2003, *JUR* 2003\1938, § 3.

[38] Por el momento, la Comisión Asesora de Libertad Religiosa ha calificado también a la confesión mormona como de "notorio arraigo" en España, aunque no existe acuerdo de cooperación con ella; cfr. *Confesiones minoritarias en España. Guía de entidades y vademecum normativo*, *op. cit.* nt. 25, p. 240.

IV | El fenómeno religioso en el Derecho Internacional

El principio general de la libertad religiosa

A semejanza de muchos otros derechos fundamentales, el derecho a la libertad religiosa tiene un sólido anclaje en el Derecho Interna- cional, tanto convencional como consuetudinario[39]. Como norma de aceptación consuetudinaria general en esta materia ha de considerarse el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que enun- cia el principio general de la libertad religiosa. Además, el art. 18.1 del Pac- to Internacional de Derechos Civiles y Políticos reitera la misma libertad. Este principio ha sido desarrollado más detenidamente con la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o la convicción, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1981[40].También conviene men- cionar en nuestro ámbito regional el art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo objeto es también la libertad religiosa. El ele- mento común de todas estas normas es que reconocen la libertad de los individuos para ejercer sin ningún tipo de trabas la religión que ellos pre- fieren. La intervención del Estado debe quedar, por tanto, al margen de la cuestión religiosa, pudiendo sólo intervenir activamente cuando se trate de garantizar que todas las personas puedan gozar por igual de este de- recho a la libertad religiosa[41].

---

[39] Sobre la formulación de la libertad religiosa en las Naciones Unidas, ver el informe de 1960 de Arcot Krishnaswami, “Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices”, E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1.

[40] Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 36/55, del 25.11.1981, adoptada por consenso, disponible en internet en el sitio http://www.ohchr.org/french/law/religion. htm (17.01.2005).

[41] Así lo indica por ejemplo el art. 4 de la Declaración sobre la Libertad Religiosa de 1981. En general sobre esta cuestión, puede verse GAYIM, Eyassu, *The Concept of Minority in Internatio- nal Law: a Critical Study of the Vital Elements*, Univesity of Lapland, Rovaniemi 2001, p. 48-51. Sobre los orígenes y la interpretación de la Declaración, ver LERNER, Natan, *Group Rights and Discrimination in International Law*,uMs Naritjhinoff Publishers, The Hague/London/New York

2003, pp. 84-97, en particular p. 94.

La protección positiva de las minorías religiosas en el Derecho Internacional

Una vez reconocida la libertad religiosa como norma del Derecho Internacional general, se puede observar una intersección entre este principio y las normas que protegen a las comunidades nacionales tradi- cionalmente asentadas en un determinado territorio, llamadas también "minorías nacionales". Dado que en algunos casos la religión constituye la manifestación más importante de la identidad nacional de una minoría, el mero reconocimiento de la libertad religiosa no sería suficiente para ga- rantizar la pervivencia de estas comunidades dentro de sociedades más amplias que profesaran otra religión, evitando así su asimilación por la po- blación mayoritaria[42].

De ahí que en el contexto de las normas internacionales sobre minorías nacionales se advierte el reconocimiento de una diferencia en el tratamiento a los grupos religiosos. Así se deduce a partir de la relación entre el art. 18.1 y el 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos dos artículos crean un escalonamiento en el nivel de protección que va de la mera "libertad religiosa" del art. 18.1 a la protección positiva de las "minorías étnicas, religiosas o lingüísticas" del art. 27[43]. Por "minoría religiosa" en el sentido de este artículo ha de entenderse una confesión religiosa no dominante en un Estado pero que guarda unos la- zos especialmente estrechos con él, fundamentalmente de carácter histó- rico. En ocasiones se describe este elemento histórico también de mane- ra más objetiva mediante el requisito de la ciudadanía del país de asentamiento. La definición de minoría conforme con el art. 27 del PIDCP elaborada por Francesco Capotorti lo dice claramente:

---

[42] En España, esta afirmación es particularmente certera en lo que se refiere a la comunidad judía.

[43] Es necesario notar aquí que aun si el art. 27 parezca solamente fijar el principio liberal del *agere licere*, la aplicación posterior del Comité de Derechos Humanos le ha dado un contenido positivo a las obligaciones del Estado. Estas obligaciones se refieren tanto a los derechos individuales de cada persona -por ejemplo para el ejercicio de la libertad religiosa- como a la protección de los grupos o colectividades. En este último caso el Estado debe hacer todo lo que pueda para garantizar su supervivencia; ver el Comentario General nº 23 del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, §§ 6.1 y 6.2.

> ... a group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members –being nationals of the State– possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their cultures, traditions, religion or language[44].

A pesar de ello, es posible pensar también en la posibilidad de aplicar este artículo 27 a las minorías religiosas "nuevas", es decir, las que aún no tengan un asentamiento tradicional en el Estado huésped. Esta aplicación extensiva podría inferirse del tenor literal de esta norma que habla de los Estados "en que existan minorías… religiosas", aunque la aplicación posterior del art. 27 ha sido más restrictiva y abarcaba eminentemente a grupos históricamente asentados en los Estados afectados, lo cual es más acorde con la definición presentada por Francesco Capotorti[45].

En el ámbito del Derecho europeo de minorías también existen textos jurídicos que reiteran ideas similares. Destaca el art. 8 del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales de 1995[46], según el cual los Estados partes "se comprometen a reconocer que toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene el derecho a manifestar su religión o creencias, así como el derecho a crear instituciones religiosas, organizaciones y asociaciones". Un análisis de este precepto a la luz de la cláusula general del art. 4.2 del Convenio-marco pone de manifiesto la intención de que los grupos con un asentamiento tradicional en los respec-

---

[44] *Confr.* Capotorti, Francesco, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.l, 1978, § 568; publicado por las Naciones Unidas, New York 1991.

[45] La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en esta materia es escasa y se refiere eminentemente a cuestiones tales como la objeción de conciencia, la educación y la igualdad entre Iglesias; ver sobre ello Lerner, Natan, *op. cit.* nt. 41, p. 105. Para una interpretación más extensiva del art. 27, que incluye también a las minorías "nuevas", vid. Contreras Mazarío, J. M., *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas*,Tirant lo Blanch,Valencia 2004, p. 221.

[46] El Convenio-marco ha sido ratificado por España el 1 de septiembre de 1995, y ha entrado en vigor el 1 de febrero de 1998; *BOE* núm. 20, del 23.01.1998, con correcciones de errores en *BOE* núm. 37, del 12.02.1998 y núm. 39, del 14.02.1998. Para una introducción general a este convenio, vid. Jiménez Piernas, Carlos, "El Convenio marco del Consejo de Europa para

tivos países tengan una protección especial que vaya más allá de la garantía de no discriminación por parte del Estado en la esfera religiosa[47]. El Estado adquiere así la obligación de preservar estas comunidades arraigadas en su territorio, y protegerlas ante su posible desaparición o asimilación, incluso si ello conllevara un tratamiento diferenciado de las comunidades religiosas[48]. Con este régimen jurídico se trata de proteger en el interior del Estado las diversas manifestaciones culturales vinculadas a las comunidades religiosas, como son sus días festivos, hábitos de vestir o de comer, su idioma, sus cementerios, instituciones educativas y monumentos históricos. Este régimen también tiene la consecuencia de que el Estado no puede ser considerado obligado sólo a contribuir a una única Iglesia (sea del Estado o no), sino que debe hacerse eco de la existencia de la pluralidad religiosa que exista en su territorio[49]. Estas otras Iglesias con derecho a beneficiarse de la especial contribución económica del Estado son por tanto las confesiones de las minorías nacionales[50].

V | Consecuencias de la integración del Derecho Internacional en el Derecho Interno español

La Constitución española, que sigue los principios del monismo en lo que se refiere a la integración del Derecho Internacional en el De- recho interno, ha creado un mecanismo general y otro especial para rea- lizar técnicamente esta integración. Las normas convencionales se inte- gran directamente, con el único requisito de su publicación, a

través del

la protección de las minorías nacionales y su aplicación en España", en García Rodríguez, Isabel (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares 1999, 105-130.

47 Ver también las explicaciones sobre el art. 4 en el Informe Explicativo del Convenio-marco.

48 Opinión del Comité Consultivo del Convenio-marco sobre Croacia, ACFC/INF/OP/I(2002)003, del 06.02.2002, § 38; Opinión del Comité Consultivo del Convenio-marco sobre Serbia y Montenegro, ACFC/INF/OP/I(2004)002, del 02.03.2004, § 67.

49 Opinión del Comité Consultivo del Convenio-marco sobre Dinamarca, ACFC/INF/OP/I(2001)005, del 31.10.2001, § 29.

50 Opinión del Comité Consultivo del Convenio-marco sobre Finlandia, ACFC/INF/OP/I(2001)002, del 06.07.2001, § 29.

art. 96.1 de la Constitución. Las normas internacionales sobre derechos humanos cuentan además con una mención específica en el art. 10.2 de la misma Constitución, según el cual:

> Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por tanto, puede indicarse, y así lo ha confirmado una jurisprudencia constante, que tanto el Derecho Internacional convencional como consuetudinario es directamente aplicable y prima sobre las normas del ordenamiento español, bien sean anteriores o posteriores a la norma in- ternacional[51]. Esto incluye que las instituciones jurídicas del ordenamiento español deben ser interpretadas conforme al Derecho Internacional, y es- pecíficamente en relación con los derechos humanos será imprescindible que se preserven los estándares mínimos internacionales aplicables.

Una vez comprobada la integración automática de las normas internacionales en el ordenamiento español, debe regir el principio de la libertad religiosa, en tanto que norma fundamental reconocida internacionalmente para toda regulación jurídica sobre la materia. Existe por cierto una amplia coincidencia entre el enunciado constitucional y el enunciado iusinternacional de la libertad religiosa. Además, conforme con la normativa internacional, las comunidades religiosas minoritarias con asentamiento tradicional en un Estado, en tanto que son manifestación de la identidad nacional de su población, gozan de protección especial y su supervivencia y desarrollo deben ser garantizados por los Estados con medidas positivas. El mecanismo jurídico existente en España para otorgar una protección especial es la conclusión de un "acuerdo de cooperación" con dicha confesión religiosa, lo que se ha hecho con las confesiones

[51] Sobre la aplicación directa de una norma internacional, ver STC 107/1992, del 01.07.1992, *RTC* 1992\107, § 4; STC 292/1994, del 27.10.1994, *RTC* §1939; 4S\e2n9t2en,cia del TS del 06.03.1982, *RJ* 1982\1365, § 1; y Sentencia del TS del 13.06.1991, *RJ* 1991\5286; § 2. Ver sobre esta cuestión el estudio comparativo de ECONOMIDES, Constantin, *The relationship between international and domestic law*, European Commission for Democracy through Law, Council of Europe Press 1994, pp. 12 (Derecho de los tratados).

evangélica, islámica y judía. Es interesante notar que el criterio que ha guiado la actuación de las autoridades públicas a la hora de la firma de estos acuerdos fue precisamente el del asentamiento tradicional en España. Esta interpretación varía del estricto tenor literal del art. 7.1 de la LOLR, que no parece entender el "notorio arraigo" sólo como asentamiento tradicional, sino como notorio "por su ámbito y número de creyentes". Si este artículo se hubiera aplicado literalmente, se habría debido firmar con más razón un acuerdo con los Testigos de Jehová que con la Federación de Comunidades Israelitas de España, puesto que su ámbito y número de creyentes es mucho mayor que el de la judía[52].

En virtud de lo apuntado se comprueba que la práctica españo- la respeta los mencionados principios del Derecho Internacional aplica- bles al caso. Por tanto, no hay obstáculo alguno para proponer *de lege fe- renda* una definición de "minoría religiosa", válida en nuestro ordenamiento jurídico, si bien inspirada en el Derecho Internacional, del siguiente tenor: "Iglesia, confesión o comunidad religiosa de carácter no dominante y con notorios lazos históricos o tradicionales con España, y que quiere preservarlos".

Es cierto que desde un punto de vista sociológico también otras confesiones religiosas establecidas en España son de carácter minoritario. Sin embargo, sería difícil incluirlas en una concepción jurídica de la mino- ría religiosa acorde con la práctica internacional e interna de España. Se reitera que sólo las religiones de notorio arraigo pueden ser sujetos de una intervención promotora del Estado. Por tanto, desde un punto de vis- ta jurídico, el resto de confesiones pueden calificarse como otras confe- siones de reducida difusión, reconocidas como tal por el Registro de En-

[52] En efecto, los Testigos de Jehová solicitaron en 1990 la conclusión de un acuerdo con el Estado para ver reconocidos su «notorio arraigo» en España.Tres expertos de la Comisión Adjunta sobre la Libertad Religiosa tenían el encargo de elaborar un informe sobre esta cuestión (Cardona Gregori; Fernández Coronado, junto con otro autor; y Giménez y Martínez de Carvajal). Los tres autores estaban de acuerdo en que una confesión religiosa requiere una larga trayectoria histórica para ser considerada de «notorio arraigo». Uno de estos expertos incluso exigía una « contribución a la cultura española ». Ver sobre esta cuestión la Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos y Objeción de Conciencia del 24 de febrero de 1994.

tidades Religiosas. Dichos grupos disfrutarán de la plena libertad religiosa, pero debido a sus débiles lazos con la sociedad española no tendrán legitimación para reclamar una protección especial otorgada por el Estado.

COMPILADORES

Febres Fajardo, Carlos E. (coordinador)
Sociólogo, Profesor de pre y postgrado de la Facultad de Economía de la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Ciencias Sociales. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Organización Internacional del Trabajo.

Albornoz Oliver, Jorge
Abogado en ejercicio. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro de Número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) con sede en Madrid.

Apolinar Rojas, Pedro O.
Profesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela). Miembro Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Mujica B., Francisco E.
Profesor de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

AUTORES

Apolinar Rojas, Pedro O.
Profesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela). Miembro Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Arp, Björn. Profesor Ayudante y Secretario del Máster sobre Protección de los Derechos Humanos, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

Bacalao Römer, Isabel. aExd-eprloafeUsnoirversidad Central de Venezuela. Ex-asesora de los ministerios del Ambiente y Relaciones Exteriores de Venezuela. Consultora Internacional. Autora de importantes investigaciones en el área.

Bou Franch,Valentín. Profesor de la Universidad de Valencia, España. Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Es autor de numerosas publicaciones relacionadas con el Derecho Internacional Público.

Dreyzin de Klor, Adriana. Catedrática de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Integrante de la lista de árbitros de Mercosur. Codirectora del Instituto para la Unificación y Armonización Jurídica de Mercosur, CEDEP, Mercosur/CMC/DEC. N° 24/04. Asociada del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Drnas de Clément, Zlata. Catedrática y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Autora, Co-autora, Directora de 15 libros y más de 100 artículos en publicaciones periódicas especializadas. Miembro consultor del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI-Buenos Aires). Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Asociada del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Mujica B., Francisco Eudes. Profesor de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispa- no-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Gros Espiell, Héctor. Profesor de la Universidad de Montevideo, Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Internacional. Ex-embajador de Uruguay en Francia. Ex-magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Gutiérrez Posse, Hortensia D.T. Profesora y Directora del Departamento de Derecho Público II, de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Autora de numerosas publicaciones en el área del Derecho Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y el derecho de los Derechos Humanos.

Iturraspe, Francisco. Profesor y Coordinador del postgrado en Derecho del Trabajo de la Universidad Central de Venezuela. Investigador del Programa de Promoción del Investigador (FONACIT). Directivo de la Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas (AVAL) y de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas (ALAL).

Jiménez Piernas, Carlos. Catedrático y Director del Máster de la Universidad de Alcalá. Madrid, España. Cátedra *Jean Monnet* de la Comisión Europea. Director del *Spanish Yearbook of International Law*. Consejero y Abogado ante la Corte Internacional de Justicia.

Juste Ruiz, José. Catedrático de la Universidad de Valencia, España. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Nieto Navia, Rafael. Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Rey Caro, Ernesto. Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Director del Anuario Argentino de Derecho Internacional. Ex–presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (A.D.I.).

Rizzo Román, Alfredo. Catedrático de las universidades: Nacional de La Matanza (UNLM), Morón, del Salvador y de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, ex catedrático de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina). Académico de número de la Academia Argentina de Asuntos Internacionales, y del Instituto Argentino de Derecho y Política Internacional. Miembro de número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Miembro de número de la Academia Argentina de Medicina Forense y del Instituto de las Islas Malvinas y Tierras Australes Argentinas. Subsecretario de Estado de Asuntos Institucionales del Ministerio del Interior. Autor de diversas obras.

Ruda Santolaria, Juan José. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Subdirector del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI). Miembro de número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado de Lima. Miembro Vitalicio de la Federación Interamericana de Abogados. Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Autor de diversas publicaciones en materia internacional.

Salgueiro, Adolfo. Profesor de las universidades Central de Venezuela y Andrés Bello (Caracas- Venezuela). Ex profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor de Postgrado en el Instituto de Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. Miembro de número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Sorto, Fredys Orlando. Profesor y ex cooordinador del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Paraíba (UFPB), (Brasil). Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

índice